

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

TACIANO SCHEIDT ZIMMERMANN

Os processos de produção de normas internacionais no âmbito da ONU:
uma análise da participação das ONGs na elaboração da Convenção Contra a Tortura e do
Protocolo Opcional da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e
Culturais

FLORIANÓPOLIS

2014

TACIANO SCHEIDT ZIMMERMANN

Os processos de produção de normas internacionais no âmbito da ONU:
uma análise da participação das ONGs na elaboração da Convenção Contra a Tortura e do
Protocolo Opcional da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e
Culturais

**Monografia submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

FLORIANÓPOLIS

2014



Universidade Federal de Santa Catarina
 Centro de Ciências Jurídicas
 Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada
Os meios de produção de normas internacionais no âmbito da ONU: uma análise da
participação dos ODS na elaboração da Convenção Contra a Tortura e do Protocolo Opcional
da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,
 elaborada pelo acadêmico

Taciana Schmidt Zimmermann

defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros
 abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0
 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do
 requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela
 Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem
 como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 16 / 07 /2014.

Arno Dal Ri Júnior
 Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

Javier Maidana
 Msc. Javier Maidana

Cristiane Derani
 Prof. Dra. Cristiane Derani

AGRADECIMENTOS

Eu devo todas as “minhas” realizações de vida e, por consequência, também este trabalho, a determinadas pessoas – de imediato – e a Deus – mediatamente. Tal é motivo daquelas aspas. Se a mim coube reunir as palavras e as ideias de modo inteligível no texto que se seguirá, àquelas pessoas e a Deus coube o exercício do papel crucial de serem deste trabalho a causa e a finalidade, cada um à sua maneira.

Devo-o a meus pais, que me proporcionaram todos os recursos, materiais e imateriais, por meio dos quais pude chegar até aqui. Espero um dia poder retribuir-lhes tudo.

Igualmente, aos meus irmãos, que, embora hoje estejamos geograficamente distantes, continuam sendo uma das minhas principais fontes de força e inspiração.

Devo-o à Amanda, meu “lar” e meu refúgio, em detrimento de quem dediquei tempo a este trabalho. Obrigado por todo apoio e compreensão.

Devo-o ao meu orientador, Prof. Arno Dal Ri Júnior, em quem encontrei não só um raro exemplo de inteligência e dedicação acadêmica, mas também um professor amigo e compreensivo. Suas contribuições foram indispensáveis tanto para a realização deste trabalho como para a opção acadêmica e profissional que fiz pelo direito internacional. Muito obrigado.

Agradeço também aos ilustres colegas da Sala 313 e do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional - IusGentium, que têm sido minha segunda turma na faculdade. Os momentos compartilhados no estudo do direito internacional, no fortalecimento das amizades, as risadas, as conversas... Tudo isso criou um ambiente muito agradável e estimulante para o aprofundamento dos estudos. Muito obrigado!

Por fim, não poderia deixar de mencionar aqui, também, os grandes autores com os quais tive contato na construção desta pesquisa. Ter a oportunidade de infiltrar-me para escutar os ricos diálogos estabelecidos entre personalidades que, mais do que doutrinadores do direito internacional, despontaram como autênticas genialidades do pensamento humano, foi um trabalho nem um pouco desgastante: abriu-me horizontes de reflexões e me permitiu ter contato com obras grandiosas e únicas. Devo também a eles este trabalho e, consciente de minhas limitações e a despeito delas, desejo um dia poder participar desses intensos e renovadores debates.

“Para toda definição do direito, a pedra de paralelo é determinada de um modo especial pelo que se afirma ser o ‘problema do direito internacional’, e conseqüentemente não será inútil que analisemos este tema. De fato, não nutrimos dúvidas quando consideramos errôneas ou incompletas as definições que chegam a negar o direito internacional, seja na sua existência, seja – o que não é muito diferente – na sua autonomia, enquanto o consideram como uma externalização ou projeção do direito interno dos vários países. A definição de direito deve ser dada fazendo com que nesta possa ser compreendida não somente o que por tradição científica, mas também por sentimento comum e sobretudo por uma prática constante nunca desmentida, assim é considerado. Se não fosse assim, tal definição seria arbitrária: o jurista não deve subordinar a realidade ao conceito, mas sim o conceito à realidade”

Santi Romano

RESUMO

Se o direito internacional consiste em um processo dinâmico de tomada de decisões com resultados normativos, que abrange uma variedade de participantes que atuam internacionalmente, buscando maximizar e juridicizar determinados valores, os fatores que influenciam essas decisões tendem a desempenhar um papel relevante ao ordenamento jurídico internacional. Certamente, há inúmeros fatores que influenciam e moldam os processos de decisões levados a efeito no plano jurídico internacional. Entre eles, estão elementos históricos, políticos, técnico-científicos, conjunturais e, por óbvio, jurídicos propriamente ditos. Muito embora haja relativamente pouca discussão sobre o assunto, ao menos no âmbito nacional, a participação e a influência das organizações não governamentais (ONGs) nesses processos levanta questionamentos e hipóteses cujo estudo pode oferecer contribuições à compreensão dos processos de criação e desenvolvimento do direito internacional. O presente trabalho se propõe a analisar o modo pelo qual se deu a participação das ONGs na elaboração da Convenção Contra a Tortura e do Protocolo Opcional da Convenção Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a fim de responder à seguinte questão: a participação das ONGs no processo de elaboração de tais normas influenciou, de algum modo, o resultado normativo dos processos analisados? Primeiramente, tratar-se-á do marco teórico da análise, que é baseado na obra de Rosalyn Higgins. Depois, no segundo capítulo, a questão será levada a uma perspectiva histórica e conceitual, a fim de melhor contextualizá-la. E finalmente, pela via de uma análise de casos, posicionar-se-á o foco sobre a atuação das ONGs e também sobre os resultados dessa atuação no *output* normativo das convenções examinadas.

Palavras-chave: direito internacional, organizações não governamentais, Organização das Nações Unidas

ABSTRACT

If international law is a dynamic process of decision-making with normative results, which encompasses a variety of participants that operate internationally seeking to maximize and juridicize certain values, the factors which influence these decisions tend to play a relevant role in the international legal order. In fact, there are innumerable factors which influence and shape the decision-making processes that happen in the international legal field. Among them there are historical, political, technical, scientific, conjunctural and, obviously, legal properly called elements. Although there is relatively little discussion about the issue, at least at the national level, the participation and the influence of non-governmental organizations (NGOs) in these processes raises questions and hypotheses the study of which can offer contributions to the understanding of the processes of creation and development of international law. The present work aims to analyse the way in which occurred the participation of NGOs in the elaboration of the Convention Against Torture and the Optional Protocol of the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights, in order to answer the following question: did the participation of NGOs in the process of elaboration of those norms influence, in some way, the normative result of the analysed processes? Firstly, this work will deal with the theoretical framework of the analysis, which is based on the work of Rosalyn Higgins. Then in the second chapter it will bring the issue to a historical and conceptual perspective in order to better contextualize it. And finally on the path of a casuistical analysis, it will set the focus on the performance of the NGOs and also on the results of their activities in the normative output of the examined conventions.

Keywords: international law, non-governmental organizations, United Nations

SUMÁRIO

Introdução	9
1. O direito internacional entre a <i>legal approach</i> e a <i>pure fact approach</i>.....	11
1.1. Aspectos teóricos do direito internacional: processo, decisão e participantes	11
1.2. O direito internacional entre sujeitos e participantes.....	39
2. Itinerário histórico e considerações da doutrina jusinternacionalista acerca das ONGs	47
2.1. Do início do século XX até a Segunda Guerra Mundial.....	47
2.2. Do pós-guerra ao fim da bipolarização	56
2.3. Da queda do muro de Berlim aos dias atuais	63
3. A participação das ONGs nos processos de formação do direito internacional no âmbito da ONU	74
3.1. As ONGs no processo de elaboração da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.....	75
3.2. As ONGs no processo de elaboração do Protocolo Opcional da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	91
Conclusões	102
Referências Bibliográficas	106

Introdução

Se o direito internacional consiste em um processo dinâmico de tomada de decisões com resultados normativos, que abrange uma variedade de participantes que atuam internacionalmente, buscando maximizar e juridicizar determinados valores, os fatores que influenciam essas decisões tendem a desempenhar um papel relevante ao ordenamento jurídico internacional. Certamente, há inúmeros fatores que influenciam e moldam os processos de decisões levados a efeito no plano jurídico internacional. Entre eles, estão elementos históricos, políticos, técnico-científicos, conjunturais e, por óbvio, jurídicos propriamente ditos. Muito embora haja relativamente pouca discussão sobre o assunto, a participação e a influência das ONGs nesses processos levanta questionamentos e hipóteses cujo estudo pode oferecer contribuições à compreensão dos processos de criação e desenvolvimento do direito internacional.

O presente trabalho se propõe a analisar o modo pelo qual se deu a participação das ONGs na elaboração da Convenção Contra a Tortura e do Protocolo Opcional da Convenção Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a fim de responder à seguinte questão: a participação das ONGs no processo de elaboração de tais normas influenciou, de algum modo, o resultado normativo dos processos analisados? Como hipótese, ao final confirmada, conjecturou-se que, por causa da sua ampla e variada participação nesses processos, seria possível observar evidências de que suas atividades influenciaram, ainda que moderada ou indiretamente, o *output* normativo dos processos analisados.

Justifica-se o tema proposto pelas significativas transformações que têm afetado o direito internacional como um todo e, especialmente, o processo de formação das normas que lhe dizem respeito. A crescente atuação de atores não-estatais nos domínios que, antes, eram reservados somente aos Estados estimula reflexões sobre a existência e a medida da influência da participação desses novos atores no desenvolvimento do direito internacional.

A análise a que esta pesquisa se propôs foi enquadrada em um marco teórico baseado na obra da ex-juíza da Corte Internacional de Justiça Rosalyn Higgins. A localização do marco teórico na doutrina do direito internacional e a subsequente explicação dos fundamentos e dos conceitos correspondentes a essa linha de pensamento foram levadas a efeito no primeiro capítulo da pesquisa, cujo objetivo específico foi fornecer o substrato teórico necessário para o enquadramento racional do problema da pesquisa em um certo conjunto de premissas.

Em seguida, a partir de uma perspectiva histórica, foram abordados no segundo capítulo as considerações da doutrina jurídica internacionalista acerca das ONGs e do seu papel no direito internacional ao longo do século XX e até os dias atuais, para que se fosse possível compreender, de modo quantitativo e qualitativo, o fenômeno nem tão recente assim da proliferação das ONGs e suas respectivas consequências à ordem jurídica internacional. O objetivo deste capítulo era oferecer subsídios históricos, jurídicos e conceituais relacionados às ONGs, a serviço de uma análise cujo foco será justamente a atuação desse tipo de organização na esfera jurídica internacional.

A verificação específica da hipótese relacionada ao problema da pesquisa foi relegada ao terceiro capítulo, em cujo seio se dá a investigação da participação das ONGs nos processos de formação de normas internacionais ocorridos no âmbito da ONU. Mais especificamente, foram abordados os processos relacionados à Convenção Contra a Tortura (1984) e ao Protocolo Opcional da Convenção Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2008). O foco foi posicionado sobre a atuação formal e informal das ONGs nas diversas fases que compuseram a formação dessas normas no âmbito da ONU, a fim de compreender o seu modo de participação e verificar a existência de evidências que autorizem concluir acerca da influência das ONGs sobre o resultado normativo de tais processos.

O método através do qual essa pesquisa buscou realizar seus objetivos foi o de natureza indutiva, cuja essência consiste em extrair conclusões mais ou menos gerais a partir da investigação relacionada a casos específicos. Em se tratando de uma análise casuística, as conclusões da pesquisa surgiram, principalmente, por meio de operações indutivas. Ademais, o método histórico foi útil às análises propostas, na medida em que permitiu enriquecer a compreensão do objeto de estudo – os textos jurídicos – quando considerados os processos significativos de seu contexto específico.

A bibliográfica utilizada consistiu, predominantemente, em obras doutrinárias e artigos científicos relacionados ao direito internacional e, mais especificamente, ao processo de formação de normas e à participação das ONGs neles. Ainda, utilizaram-se diversos documentos oficiais disponibilizados pela ONU. A redação do trabalho foi balizada pelas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas¹.

¹ Nota metodológica: acerca das referências bibliográficas, foram observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com a ressalva de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico foram excepcionados da estrita regra da ABNT. Ao longo do trabalho, foram utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data). O propósito

1. O direito internacional entre a *legal approach* e a *pure fact approach*

1.1. Aspectos teóricos do direito internacional: processo, decisão e participantes

Quando o assunto diz respeito à compreensão do que é o direito internacional, não são poucas as diferenças de pensamento entre os que se propõem a estudá-lo. Da observação de determinadas concepções apresentadas ao longo da história, contudo, é possível extrair um movimento comum: ora elas se aproximam mais da imagem do direito internacional como aplicação de regras², ora dela mais se afastam.

A pretensão do capítulo exordial desta monografia é desenvolver os conceitos-chave que irão fundamentar todo o trabalho, a partir da explicitação das seguintes concepções acerca do sistema jurídico internacional: de um lado, a teoria que aproxima mais o direito internacional da aplicação de regras³ e, de outro, a que o têm como um processo contínuo de decisões investidas de autoridade⁴. Em outras palavras, discutir-se-ão as abordagens conceituais do direito como relacionado ora preponderantemente às normas, ora à primazia da decisão. Muito embora o debate acerca da teoria do direito internacional não se resuma a esse tópico, ele é um de seus aspectos centrais, pelo que se justifica o proposto.

Concretamente, para ilustrar as duas correntes teóricas citadas, serão utilizados os seguintes autores: John Austin e Hans Kelsen em contraponto com Carl Schmitt. Após a discussão do pensamento desses autores, será introduzido e explicitado o marco teórico que fundamentará este trabalho, centrado na obra de Rosalyn Higgins.

dessa fórmula é proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fato da limpeza textual, sem renunciar às importantes contextualizações e comentários que não integram o corpo da argumentação do texto, como a biografia dos autores, por exemplo. Ademais, todas as traduções foram livres e feitas pelo autor da pesquisa.

² “Um entendimento do direito internacional nos termos da imagem de um livro de regras vem de fora da disciplina de Direito Internacional e é um meio de descrever certas pressuposições sobre o direito internacional”
³ “Regras”, neste trabalho, devido ao marco teórico elencado, serão entendidas como o acúmulo de decisões jurídicas passadas. Neste sentido: HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994. Nessa abordagem teórica, situa-se, entre outras, a escola italiana, em geral, cuja exposição pode ser encontrada na obra de ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Cedam, 1964.

⁴ Neste sentido, podem-se citar a recente obra de CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Recueil des Cours, 2013; bem como HIGGINS, 1994, *op. cit.* Todavia, é útil ressaltar que a teoria do direito internacional não se resume a essa dicotomia, visto que possui uma pluralidade extremamente rica no que diz respeito à variedade de abordagens, tendo tal separação apenas o condão de conferir maior clareza à exposição que se seguirá neste capítulo. Carl Schmitt, Roberto Ago e Michel Virally, por exemplo, serão citados como doutrinadores que embora tenham concepções ligadas a uma *pure fact approach*, possuem muitas peculiaridades intrínsecas e extrínsecas, ilustrando essa riqueza teórica. A respeito dessa diversidade teórica também, ver: AKEHURST, Michael. *A Modern Introduction to International Law*. Londres: George Allen & Unwin, 1986. p. 17, especificamente sobre a “Teoria Comunista do Direito Internacional”, bem como sobre a abordagem distinta dada ao direito internacional pelas doutrinas de “Estados Afro-Asiáticos”.

O conceito do direito internacional ligado à aplicação de regras está especialmente relacionado com a doutrina do positivismo jurídico, cujos principais expoentes modernos foram John Austin e Hans Kelsen. Num primeiro momento, far-se-á a exposição de um resumo das principais ideias desses dois autores, cujas contribuições foram determinantes na formação do pensamento jurídico internacional. Após, analisar-se-á a posição que lhes é contraposta.

John Austin foi um dos primeiros autores a dar um passo decisivo rumo à solidificação do direito enquanto ciência⁵, o que o caracteriza como um dos fundadores do positivismo jurídico. Em sua obra *The Province of Jurisprudence Determined*, do século XIX, o autor pretendeu estabelecer uma distinção definitiva entre as leis positivas – leis propriamente ditas – e as demais leis, impropriamente designadas como tais, a fim de desenhar “as fronteiras que separam a província da jurisprudência das regiões situadas nos seus limites”⁶.

Com esse intento, Austin sustentou que a matéria da jurisprudência seria “o direito positivo: direito, simples e estritamente assim chamado: ou direito estabelecido por politicamente superiores a politicamente inferiores”⁷. Por isso, o “conjunto das regras assim estabelecidas”⁸ formaria o direito propriamente dito (*law properly so called*), que não deveria ser confundido com objetos com os quais ele se relaciona apenas por semelhança ou analogia, tais como as regras divinas, morais ou as estabelecidas pela opinião pública⁹. Este tipo de leis são designadas pelo autor como impropriamente ditas (*law improperly so called*).

Na sua visão, cada lei ou cada regra, na mais ampla significação que poderia corretamente ser atribuída a esses termos, seria um *comando* ou uma espécie de *comando*. Segundo Austin, se alguém expressa ou insinua um desejo de que outro alguém deva praticar ou abster-se de praticar algum ato, e se aquele alguém irá infligir a este outro um mal no caso de ele não cumprir o seu desejo, tal expressão ou insinuação constitui um *comando*¹⁰. Este,

⁵ WILFRID, E. Rumble. *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*. Athlone Press: 1985. pp. 3-4.

⁶ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Londres: John Murray, Albemarle Street, 1832. Do original: “[...] to describe the boundaries which severs the province of jurisprudence from the regions lying on its confines”. p. viii.

⁷ *Ibidem*. “The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors”. p. 1.

⁸ *Ibidem*. Designadas por *positive law*. “The aggregate of the rules thus established (...) is the appropriate matter of jurisprudence”. p. 2.

⁹ *Ibidem*. Designadas por *positive morality*. “But the aggregate of the human laws, which are *improperly* styled laws, is not unfrequently denoted by one of the following expressions: ‘moral rules’, ‘the moral law’, ‘the law set or prescribed by general or public opinion’”. p. 3.

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

posto de outro modo, seria uma significação de um desejo, distinta das demais pela ameaça de imposição de um mal, de uma sanção, na hipótese em que esse desejo acaba frustrado. Todo aquele que recebe um comando, portanto, tem um dever de obediência. Comando, dever e sanção, para Austin, são termos inseparáveis¹¹. Ainda, toda lei, ou toda regra, seria necessariamente a expressão de um comando geral, e não particular. Em suas próprias palavras,

Uma lei é um comando que obriga uma ou mais pessoas. Mas, como distinto ou oposto a um comando ocasional ou particular, uma lei é um comando que obriga uma ou mais pessoas a um curso de conduta.¹²

Todos estes conceitos, entretanto, relacionam-se com o termo *lei* em sentido amplo, que não necessariamente fazem parte do domínio da jurisprudência. A província desta está ligada às leis positivas propriamente ditas em sentido estrito. Quando o autor trata dessas leis, ele passa pela análise dos conceitos de “soberania”¹³ e de “sociedade política independente”¹⁴. Assim o faz porque, em seu entendimento,

Toda lei positiva, ou toda lei simples e estritamente assim chamada, é estabelecida por uma pessoa soberana, ou por um corpo soberano de pessoas, a um membro ou aos membros da sociedade política independente onde aquela pessoa ou aquele corpo é soberano ou supremo.¹⁵

Logo, a lei em sentido estrito seria o comando geral estabelecido por um poder soberano de uma sociedade política independente. O poder soberano, deste modo, seria um dos pressupostos de existência de uma lei positiva propriamente dita em sentido estrito. Vê-se, aqui, que não é por acaso que Austin é tido por muitos como o Hobbes do século XIX¹⁶. Entre as diversas convergências encontradas em suas obras, como a similaridade de atribuições e da conceituação do poder soberano, pode-se ainda pontuar que, para ambos os autores, aquele que recebe o comando jurídico obedece à lei, em suma, não por que ela é boa,

¹¹ *Ibidem*, p. 11.

¹² *Ibidem*, p. 12.

¹³ Soberano é aquele que está em posição superior em uma sociedade política independente em relação a pessoas que, correspondentemente, estão sujeitas a ele e, por essa condição, possui o poder de formular leis em sentido estrito. *Ibidem*, pp. 200-210.

¹⁴ Para Austin, a fim de que uma sociedade seja considerada uma sociedade política independente, dois critérios devem ocorrer simultaneamente, um positivo e outro negativo. Primeiro, que a generalidade ou a maioria de seus membros tenha um hábito de obediência a um certo e comum superior; enquanto, segundo, esta pessoa não pode estar em obediência a outra certa pessoa ou corpo de pessoas. *op. cit.*, p. 210. Em sua obra, entretanto, ele chega à conclusão de que o conceito de “sociedade política independente” é vago e incerto. Ao ser aplicado em casos particulares, dificuldades surgiriam. Ademais, “The difficulties which I have laboured to explain, often embarrass the application of those positive moral rules which are styled international law.” p. 213.

¹⁵ *Ibidem*, p. 198-199. Do original: “Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme”.

¹⁶ BOWSER, Richard T. *et* McQUADE, J. Stanley. Austin’s Intentions: A Critical Reconstruction of His Concept of Legal Science. *Campbell Law Review*, vol. 29, n. 47, 2006. p. 55.

mas porque ele teme o mal; que o dever do jurista, nesse âmbito, não é melhorar ou criticar a lei, mas assumi-la como está¹⁷; e, por fim, que a ciência do direito preocupa-se com as leis positivas sem perguntar a elas se são boas ou más¹⁸.

No que diz respeito ao direito internacional, todavia, Austin o situa na classe das leis morais positivas. Essa classe de leis é aquela estabelecida pelo homem para o homem, tal como as leis positivas propriamente ditas, mas que não possuem dentro de si um poder superior capaz de impor uma sanção em caso de descumprimento. Logo, tal classificação do direito internacional decorre da ausência de um poder soberano verificada na ordem internacional, do qual emanariam as leis positivas propriamente ditas, ou seja, aquelas que pertenceriam ao domínio do estudo do direito. Para Austin, o direito internacional somente seria designado – impropriamente – por *direito* porque deste conceito se aproxima por analogia, isto é, porque as normas internacionais, qualificadas de leis positivas morais, “lembram as leis propriamente ditas em *algumas* de suas propriedades ou *alguns* de seus efeitos ou consequências”¹⁹.

O direito internacional, no entanto, seria uma das únicas vertentes das leis morais positivas que “vinha sendo tratada pelos escritores de um modo sistemático ou científico”. Ainda assim, para Austin, o melhor nome que poderia ter sido dado para o direito positivo internacional seria “moralidade positiva internacional”, o qual “teria atingido seu significado com perfeita precisão”²⁰.

Assim, é por ter como pressuposto a soberania e, conseqüentemente, a verticalidade característica dos sistemas jurídicos domésticos, isto é, a existência de um sujeito politicamente superior – aquele que comanda e impõe a sanção – e outro politicamente inferior – ao que recebe um dever de obediência –, que a concepção positivista do direito, em Austin, não se adequa ao reconhecimento de um sistema jurídico internacional propriamente dito, visto que o ambiente em que este se desenvolve é profundamente marcado pela horizontalidade e descentralização. Seria somente num momento posterior, na revisão crítica de Hans Kelsen, que o positivismo inicialmente exposto por John Austin viria adquirir uma

¹⁷ *Ibidem*, p. 56.

¹⁸ AUSTIN, 1832, p. 132.

¹⁹ AUSTIN, 1832, p. 128. Do original: “[...] because they resemble laws properly so called in *some* of their properties or *some* of their effects or consequences.”

²⁰ *Ibidem*, p. 132. Do original: “Had he named that department of the science ‘*positive international morality*’, the name would have hit its import with perfect precision.”

perspectiva mais normativista e um significado mesmo ali onde comando e um poder soberano central definitivamente não estivessem presentes²¹.

Aproximadamente um século depois, o jurista austríaco traria à luz uma concepção cujas bases eram, em alguns pontos centrais, muito parecidas com as de Austin, mas que procurava realizar uma revisão crítica do positivismo, tal como originalmente apresentado, aperfeiçoando-o²² a partir de uma abordagem normativista. Kelsen classifica-se, assim, como um juspositivista normativista, e considera que um determinado conjunto normativo somente pode ser designado por *direito* em sentido estrito se for “uma ordem coercitiva da conduta humana, pressuposta como soberana; [e] se liga[r] aos fatos por ele definidos como pressupostos atos de coerção por ele determinados como consequências [...]”²³. Desse modo, não há direito fora do “direito positivo”.

Segundo a doutrina kelseniana, a imposição de uma sanção no caso de descumprimento de um determinado comando é a principal diferença entre uma ordem jurídica e uma ordem moral. Conforme os dizeres do jurista,

[...] uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita - ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita - na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito).²⁴

Para classificar o direito internacional como *direito* em sentido estrito, portanto, dever-se-ia chegar à conclusão de que ele estatui atos coercitivos como sanções. Pressupondo as represálias e a guerra como sanções específicas do direito internacional²⁵, Kelsen chegou à resposta afirmativa para a questão da juridicidade das normas internacionais. Assim, é no princípio do *bellum justum*, segundo o qual um Estado somente pode recorrer à guerra quando autorizado pelo direito internacional, que se encontra o fundamento jurídico de tais sanções, que seriam reações autorizadas pela ordem jurídica internacional no caso de uma violação desta mesma ordem. Uma vez aplicadas, tem-se que, quanto ao seu conteúdo, tais espécies de sanções não se distinguem, na sua essência, daquelas relacionadas ao direito nacional, pois também implicam em privação de bens e de liberdade, por exemplo.

²¹ HIGGINS, 1994, p. 8.

²² AGO, Roberto. *Science Juridique et Droit International*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. v. 90, 1956. p. 886.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 224.

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

²⁵ A reação de um Estado agindo em legítima defesa se enquadraria na guerra ou na represália como uma forma de sanção a uma violação do direito internacional.

O enfoque inaugurado por Kelsen quanto às sanções do direito internacional enfrentou considerável crítica por parte da doutrina internacional à época em que veio à luz. Comentaristas avançaram a visão de que Kelsen parecia ter extraído direito internacional a partir de uma situação primitiva, a saber, descentralizada e anárquica²⁶. No entanto, o autor aponta que o fato de

[q]ue não há soberano acima dos Estados para aplicar as sanções sobre eles não preclui, na visão de Kelsen, a concepção de relações interestatais governadas pelo direito, visto que, e aqui reside a diferença com [a concepção] de Austin, o direito envolve submissão a regras e não à pessoa do soberano²⁷.

Na doutrina normativista, a validade de uma norma somente poderia ser estabelecida a partir de uma outra norma que lhe fosse hierarquicamente superior dentro de um sistema jurídico. Um decreto, por exemplo, somente seria válido por causa da lei que o conferisse validade; essa, por sua vez, apenas adquiriria validade a partir da constituição que a fundamentasse. Esse raciocínio, todavia, conduziria a um *regressum ad infinitum*, pois toda norma teria de buscar sua validade em uma norma superior a ela – mesmo a mais superior de todas. Para resolver esse dilema, Kelsen lançou mão de uma norma de base a fundar todo o sistema jurídico: a norma fundamental, cuja existência e validade não se provam, mas se pressupõem.

Verificada a ausência de um poder soberano instituidor das normas jurídicas internacionais, este sistema jurídico passaria a dever seu fundamento de validade, em última instância, a uma *norma fundamental (Grundnorm)*, “que institua como fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados”²⁸. No plano internacional, essa norma fundamental, segundo Kelsen, poderia ser enunciada da seguinte forma: os Estados devem agir da forma com que costumeiramente têm agido. Em um sistema desprovido de uma autoridade central, a força vinculante das normas jurídicas que ali vigoram é resultante desta norma fundamental. A partir dela, Kelsen estabelece que as fontes deste sistema encontram-se escalonadas em três planos: em primeiro lugar, o costume; depois, os tratados internacionais entre os Estados e, por último, as normas jurídicas criadas pelos tribunais internacionais²⁹.

²⁶ Cf. LEBEN, Charles. Hans Kelsen and the Advancement of International Law. *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998. pp. 287-305. p. 289.

²⁷ *Ibidem*, p. 289. Do original: “That there is no sovereign above the states to enforce sanctions on them does not in Kelsen's view preclude the conception of inter-state relations being governed by law since, and here lies the difference with Austin, law involves submission to rules and not to the person of the sovereign”.

²⁸ *Ibidem*, p. 227.

²⁹ *Ibidem*.

Entretanto, devido à descentralização como fator que lhe é intrínseco, à responsabilidade coletiva dos membros do Estado pelos delitos internacionais e à ausência de um órgão legislativo central, o direito internacional se aproximaria, na visão de Kelsen, de um direito da sociedade primitiva. Para chegar ao seu estado pleno, o caminho “evolutivo” natural desse direito internacional – o mesmo já percorrido pelo direito nacional – seria a institucionalização e a formação de órgãos centrais responsáveis pela jurisdição e aplicação de sanções³⁰. Fica evidente, portanto, que, ainda que Kelsen reconheça de fato a juridicidade das normas internacionais, ele se limita a caracterizá-las como próprias de uma sociedade primitiva e, por esse motivo, inseridas em um processo evolutivo cujo fim é uma estrutura jurídica similar àquela encontrada no interior do Estado. Ao passo em que este sistema jurídico deixa de ser primitivo, as fontes tornar-se-iam cada vez mais centralizadas e positivas – legisladas.

Da análise do pensamento deste jurista depreende-se que o direito internacional seria um complexo de normas que retiram sua validade de uma norma fundamental, cujo conteúdo remeteria, na ausência de um poder legislativo central, ao costume, como fonte primária desse direito. A partir do momento em que as normas jurídicas começam a surgir a partir do comportamento dos Estados, elas passam a se tornar regras jurídicas válidas e geram direitos e deveres para tais Estados na comunidade internacional. Ademais, uma vez que tais regras são juridicizadas, elas independem das questões políticas que por vezes lhes possam ser adjacentes. Nesse aspecto, segundo a concepção juspositivista normativista, o papel do jurista que se põe a laborar no meio internacional é “determinar um corpo de regras ‘jurídicas’ para a conduta dos Estados, separadas do *milieu* político em que tais regras operam”³¹.

A concepção hierarquizada característica da abordagem kelseniana conduziu sua doutrina ao monismo jurídico, isto é, o reconhecimento de que as ordens jurídicas internacional e interna, em última análise, são parte de um mesmo e único sistema jurídico. Essa conclusão foi heterodoxa na época, visto que a maioria da doutrina internacionalista de então advogava o dualismo (a independência existencial entre a ordem jurídica internacional e as ordens jurídicas soberanas de direito interno). Na análise de Bobbio, “Kelsen literalmente inverteu a abordagem tradicional, propondo um monismo que fez o direito internacional a única ordem jurídica ‘objetiva’ autêntica [...]”³².

³⁰ KELSEN, 1999, p. 229-230.

³¹ WITHANA, 2008, p. 19.

³² BOBBIO, Norberto *et* ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A Talk. *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998. pp. 355-367. p. 362. Do original: “Kelsen literally

Nota-se que a doutrina de Kelsen afasta-se da de Austin em pelo menos dois pontos, o que os faz chegarem a conclusões distintas acerca da natureza do direito internacional: para este autor, porque não há poder soberano, conseqüentemente, não há possibilidade de aplicação de sanção no sistema internacional; entretanto, para aquele, a sanção, ainda que na sua forma primitiva – descentralizada –, é aplicada coletivamente – através da guerra e das represálias – e as respectivas normas retiram sua validade de uma norma fundamental.

Esses conceitos até aqui apresentados são, em boa medida, o substrato da compreensão do direito internacional como principalmente caracterizado pela aplicação de regras – normativista. No que diz respeito à conceituação de *regras*, pode-se tomar como ponto de partida a definição segundo a qual elas seriam aquelas normas formadas pelo costume, pelos tratados e pelas decisões de tribunais internacionais, as quais consistem especificamente no acúmulo de comportamentos, declarações e decisões jurídicas internacionais passadas. Nesse contexto, sob a compreensão exposta anteriormente, a função daquele que aplica o direito internacional ou daquele que toma uma decisão jurídica com base nesse direito, diante de um caso concreto, resume-se a encontrar a norma ou a regra que ao caso se aplica e, então, fazê-la valer³³.

Nesse âmbito, duas são as razões que formam os alicerces cruciais dos que enxergam o direito internacional como mais próximo da aplicação ‘imparcial’ de regras. Primeiro, ao se considerar o direito internacional como mais do que a aplicação de regras e, conseqüentemente, investir o respectivo *decision-maker* de um papel que vai além da aplicação automática de regras, “o direito seria confundido com outros fenômenos, tais como poder ou fatores sociais ou humanitários”³⁴. Depois, privilegiar essa concepção do direito internacional seria a única maneira de evitar que o mesmo direito, no processo de aplicação e de construção do argumento jurídico, fosse utilizado para propósitos políticos³⁵.

Ainda há um último mas não menos importante fundamento: os que pensam conforme essa teoria a defendem com base na suposta “objetividade” que dela resulta. Uma vez que *decisões* e *poder* são relegados a domínios alheios ao direito justamente porque são questões subjetivas, o direito internacional, ao ser desvinculado desses aspectos, torna-se objetivo. Sua objetividade é atingida através da “força controladora de suas premissas

inverted the traditional approach, proposing a monism that made international law the only authentic ‘objective’ legal order [...]”

³³ HIGGINS, 1994, p. 3.

³⁴ *Ibidem*, p. 3. Do original: “[...] international law becomes confused with [other phenomena, such as power or social or humanitarian factors]”.

³⁵ *Ibidem*.

normativas”³⁶. Pensar diferente seria, na visão dos positivistas, aceitar um direito “apologista”, conforme as palavras de Koskenniemi, porque implicaria na aceitação da afirmação segundo a qual “o poder faz o direito”³⁷. O positivismo normativista desde seu início enfrentou incisiva resistência por parte do pensamento crítico jusinternacionalista devido a essa oposição que fez entre a “objetividade” da ciência jurídica e a ideologia, pois não teria se dado conta de que, ao rechaçar toda ideologia, “negava seu próprio condicionamento ideológico”³⁸.

Paradoxalmente, foi com fundamento nessa mesma “objetividade” que irromperam as doutrinas que se contrapuseram à concepção juspositivista do direito internacional. Os que veem o direito ou, mais especificamente, o direito internacional, como um processo contínuo e jurídico de *decision-making* despertam uma crítica ao positivismo como uma teoria distante dos fatos e, por isso mesmo, subjetiva. Para esses autores, a concepção de que a aplicação do direito não é sinônimo de “encontrar” a regra adequada mas, sim, de “escolher” a regra adequada, clama para si aquela suposta objetividade e julga a outra teoria como subjetiva, visto que não é “realista”, não é dirigida a fatos concretos e observáveis, mas somente a normas.

Nas próximas páginas, esboçar-se-á o contraponto teórico de Carl Schmitt ao pensamento de Hans Kelsen, bem como, após, expor-se-ão traços do pensamento de Roberto Ago e Michel Virally, como doutrinadores que escreveram no espaço temporal que se situa entre a obra de Kelsen e Schmitt e de Higgins, que será o marco adotado neste trabalho. Após essa explanação, adentrar-se-á ao marco teórico proposto para este trabalho, que será calcado na obra da ex-juíza da Corte Internacional de Justiça Rosalyn Higgins.

Carl Schmitt foi um jurista alemão do século XX que se dedicou, inicialmente, a tratar da teoria do direito no âmbito constitucional e, posteriormente, na esfera internacional. Duas de suas obras, consideradas as mais relevantes para o propósito deste trabalho, servirão aqui de fonte primária: *Teologia Política* e *O Nomos da Terra*. A primeira veio a público em 1922 e foi onde o autor expôs sua teoria política e jurídica, erguida sobre seu conceito peculiar de soberania, que será adiante abordado; a segunda, por sua vez, é uma obra

³⁶ KOSKENNIEMI, Marti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 227. Do original: “[...] controlling force of his normative premises”.

³⁷ *Ibidem*. Do original: “[...] might makes right”.

³⁸ BENCHIKH, M.; CHARVIN, R. et DEMICHEL, F. *Introduction critique au droit international*. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 1986. p. 9. Do original: “Le conservatisme nait son propre conditionnement idéologique et opposait, comme Kelsen, ‘l’objectivité’ de la science à l’idéologie, qualifiée ‘d’abstractions, substituts de la réalité’”.

posterior, publicada inicialmente em 1950, e trata dos aspectos teóricos relativos ao direito internacional.

A teoria (ou teologia) de Schmitt não se apega a definições abstratas, mas a aplicações concretas. A conhecida frase inaugural da Teologia Política é a seguinte: “[s]oberano é aquele que decide na exceção”³⁹. Uma decisão em situação de exceção é, para Schmitt, a única decisão no sentido real da palavra. É justamente a essa situação de exceção que diz respeito toda a discussão acerca da soberania, principalmente porque os detalhes de um estado de exceção, de uma emergência, jamais podem ser antecipados com precisão. Assim, o soberano é aquele que, nesses momentos para os quais não houve previsão legal, toma a decisão. É ele quem, nessas horas, define o que significa, por exemplo, “ordem pública” e “segurança”, bem como quando elas estão sendo perturbadas ou não, e etc.

Esses conceitos manejados pelo soberano, segundo o jurista, manifestam-se de diferentes formas no mundo real, de acordo com quem decide o que cada um deles significa em um momento específico em que o sistema jurídico é posto em cheque. A título de ilustração, se o corpo encarregado de decidir num estado de exceção é uma burocracia militar, seu conceito de “ordem pública” será certamente diferente daquele lhe seria atribuído por um governo tecnocrata embalado pelo espírito do comercialismo, caso fosse este o corpo soberano. Portanto, a decisão e aquele que decide são fatores fundamentais numa ordem jurídica, porque

Em última análise, toda ordem jurídica é baseada numa decisão, e também o conceito de ordem jurídica, o qual é aplicado como algo auto-evidente, contém dentro de si o contraste dos dois elementos distintos pertencentes ao âmbito jurídico – norma e decisão. Como qualquer outra ordem, a ordem jurídica repousa sobre uma decisão e não sobre uma norma⁴⁰.

Ao explicar a regra através da exceção, Schmitt preocupa-se especialmente com aquele momento para o qual o sistema jurídico não oferece resposta. Pergunta, assim, quem seria competente para decidir na situação em que a ordem jurídica não responde a questão da competência⁴¹. Em sua visão, para que um ordenamento jurídico possa fazer sentido, uma situação “normal” precisa existir; e o soberano é aquele que decide se essa situação “normal”

³⁹ Exceção, para o autor, é definida como um caso de extremo perigo, uma ameaça à existência do Estado, ou similar. SCHMITT, Carl. *Political Theology*. “Four Chapters on the Concept of Sovereignty”. Trad. George Schwab. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1985. p. 5. Do inglês: “Sovereign is he who decides on the exception”.

⁴⁰ SCHMITT, 1985, *op. cit.* p. 10. Do inglês: “After all, every legal order is based on a decision, and also the concept of the legal order, which is applied as something self-evident, contains within it the contrast of the two distinct elements of the juristic – norm and decision. Like every other order, the legal order rests on a decision and not on a norm.”

⁴¹ *Ibidem*, p. 11.

existe de fato ou não. O monopólio que caracteriza um Estado soberano, deste modo, não é o monopólio da coerção ou da legislação, mas da decisão⁴². A decisão no momento de exceção é crucial para a soberania, pois

A exceção revela mais claramente a essência da autoridade do estado. A decisão parte aqui da norma jurídica, e (para formular isso paradoxalmente) a autoridade prova que, para produzir direito, ela precisa não estar baseada no direito⁴³.

Como um crítico tenaz de Hans Kelsen, Schmitt acusa-o de ter “resolvido” o problema da soberania negando-a⁴⁴. Aquele jurista teria repetido a “velha negação liberal do estado *vis-à-vis* o direito e a desconsideração do problema independente da realização [ou efetivação] do direito”⁴⁵. Ao tempo em que clamou pela objetividade evitando qualquer tipo de personalismo e fundamentando impessoalmente a validade da norma jurídica, o positivismo kelseniano não teria tido consciência de que o direito, na sua forma pura, não pode ser impresso na realidade⁴⁶. É precisamente porque o direito não consegue se traduzir automaticamente em realidade que ele necessita de uma organização especial para que isso aconteça, em outras palavras, não pode prescindir de uma decisão. Schmitt concebe que

Todo pensamento jurídico traz uma ideia jurídica, que em sua pureza jamais poderá se tornar realidade [...]. Toda decisão jurídica concreta contém um momento de indiferença a partir da perspectiva do conteúdo [da norma aplicada], porque a dedução jurídica não conduz exatamente, no seu último detalhe, às suas premissas e porque a circunstância que exige uma decisão permanece um momento determinante independente. Isso não tem nada que ver com as origens causais e psicológicas de tal decisão [...], mas com a determinação do valor jurídico⁴⁷.

Assim, toda vez que há uma decisão, ocorre uma transformação da norma jurídica em sua aplicação na realidade. E, em toda transformação, está presente uma *auctoritatis interpositio*⁴⁸, que será responsável pela determinação do valor jurídico no momento determinante e independente da decisão. Isso conduz à conclusão de que a instância que

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ *Ibidem*. Do inglês: “The exception reveals most clearly the essence of the state’s authority. The decision parts here from the legal norm, and (to formulate it paradoxically) authority proves that to produce law it need not to be based on law.”

⁴⁴ SCHMITT, 1985, p. 21.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Para Schmitt, “Kelsen contradisse a si mesmo quando, por um lado, assumiu um conceito subjetivista de forma, tão derivado criticamente, como o ponto de partida e também concebeu a unidade da ordem jurídica como um ato independente de percepção jurídica, mas então, por outro lado, quando professou sua visão de mundo, demandou objetividade, e acusou até mesmo o coletivismo Hegeliano de um subjetivismo do estado.” (p. 30).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 30. Do inglês: “Every legal thought brings a legal ideia, which in its purity can never become reality [...]. Every concrete juristic decision contains a moment of indifference from the perspective of content, because the juristic deduction is not traceable in the last detail to its premises and because the circumstance that requires a decision remains an independently determining moment. This has nothing to do with the causal and psychological origins of such a decision [...], but with determining the legal value”.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 31.

profere uma decisão torna a decisão relativa e, em certas circunstâncias, absoluta e independente da correteza do seu conteúdo. Em outras palavras, “a decisão se torna instantaneamente independente de substanciação argumentativa e recebe um valor autônomo”⁴⁹, pois ela já não depende do seu conteúdo em si, mas de quem decide. Nesse sentido, Schmitt observa que

No significado independente da decisão, o sujeito da decisão tem um significado independente, à parte da questão do conteúdo. O que importa para a realidade da vida jurídica é quem decide. Ao lado da questão da correteza substantiva coloca-se a questão da competência. No contraste entre o sujeito e o conteúdo de uma decisão e no significado apropriado do sujeito reside o problema da forma jurídica⁵⁰.

Antes importa, nessa visão, voltar a atenção para aquele que toma as decisões do que para o próprio conteúdo da norma, o qual jamais poderá adquirir significado no mundo real enquanto não passar pelo *dicere* de uma autoridade que seja competente para conferi-lo. Por isso, no centro do problema da forma jurídica está o sujeito que toma a decisão – o *decision-maker* autorizado pelo sistema jurídico para a realização desta tarefa ou, quanto à própria validade do sistema jurídico, o soberano.

Essa perspectiva decisionista de Carl Schmitt relacionou-se diretamente com suas críticas às discussões intermináveis e, por vezes, covardes da democracia liberal. Uma das características predominantes da burguesia, segundo o autor, foi procurar evadir-se de tomar decisões, relegando a resolução dos problemas políticos ao domínio dos debates e discussões que, em regra, ou demoram ou sequer atingem uma decisão objetiva. Ao citar Donoso Cortés, Schmitt ressaltou que o constitucionalismo liberal, ao mesmo tempo em que tentou paralisar o rei através do parlamento, permitiu que ele continuasse sentado no trono⁵¹. Nas suas palavras,

[...] muito embora a burguesia liberal quisesse um deus, seu deus não poderia se tornar ativo; eles quiseram um monarca, mas ele tinha de ser destituído de poder; demandaram liberdade e igualdade, mas limitaram os direitos de voto às classes proprietárias para assegurar a influência da educação e da propriedade na legislação [...] eles não queriam nem a soberania do rei e nem a do povo. O que eles queriam de fato?⁵²

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ SCHMITT, 1985, pp. 34-35. Do inglês: “In the independent meaning of the decision, the subject of the decision has an independent meaning, apart from the question of content. What matters for the reality of legal life is who decides. Alongside with the question of substantive correctness stands the question of competence. In the contrast between the subject and the content of a decision and in the proper meaning of the subject lies the problem of the juristic form.”

⁵¹ *Obras de Don Juan Donoso Cortés*. Vol. 5. Madrid: 1855.

⁵² SCHMITT, 1985, pp. 59-60. Do inglês: “Although the liberal bourgeoisie wanted a god, its god could not become active; it wanted a monarch, but he had to be powerless; it demanded freedom and equality but limited voting rights to the propertied classes in order to ensure the influence of education and property on legislation [...] it wanted neither the sovereignty of the king nor that of the people. What did it actually want?”

O autor evidenciou, através de suas críticas à democracia liberal, as fissuras de um sistema que, na sua concepção, visto que dependia da tomada de decisões, fracassou. Essas são as observações principais relacionadas à sua *Teologia Política* que acrescentam à construção e exposição do marco teórico desta pesquisa.

Já na obra “*O nomos da Terra*”, escrita quase duas décadas depois, Schmitt estava na última fase de sua produção intelectual e dedicava-se exclusivamente ao estudo do direito internacional. O autor demonstrou uma compreensão deveras específica e, por vezes, de difícil interpretação, acerca da matéria, o que dificulta sua exposição em um espaço tão breve como este. No entanto, buscar-se-á realizar um apanhado das concepções que servem de guia para aquela obra, como um todo, para servirem de pontos que, uma vez ligados, esbocem uma imagem geral do pensamento do autor nesse seu último livro.

Como primeiro ponto, é importante ressaltar que o autor construiu sua exposição sob os fundamentos do significado que atribuiu à palavra *Terra*. Na condição de mãe do direito, a terra ofereceria uma tripla raiz ao direito e à justiça. Ela abrigaria em si uma medida interna de justiça⁵³; conteria, de modo reconhecível, as linhas fixas e as medidas e as regras do cultivo em torno dos quais se realiza o trabalho do homem na terra; e, por fim, “portaria, em seu chão firme, sebes e cercados, marcos, muros, casas e outras construções que tornam evidentes as ordenações e localizações da convivência humana”⁵⁴. Esta seria a conexão tripla da terra com o direito: recompensa do trabalho, limite fixo e sinal público de ordem. Bem diferente seria o mar, “que não conhece essa unidade clara entre espaço e direito, entre ordenação e localização”⁵⁵. Os atos originários do direito, portanto, viriam da terra: tomadas de terra⁵⁶, fundações de cidades e estabelecimento de colônias.

Em seguida, o termo que é facilmente percebido como central para a obra é a noção de *nomos*, que seria “a palavra grega para a primeira medição, que funda todas as medidas subsequentes, para a primeira tomada de terra [...]”⁵⁷. Schmitt faz questão de abordá-la, por

⁵³ SCHMITT, C. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014. p. 37. “[...] pois a fadiga e o trabalho, as sementes e o cultivo que o homem dedica à terra fecunda são retribuídos de forma justa por meio do florescimento e da colheita”.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 41. “Uma tomada de terra funda o direito de acordo com uma dupla orientação: para o interior e para o exterior. Para o interior, ou seja, dentro do grupo que toma a terra, a primeira divisão e partição do solo cria a primeira ordem das relações de posse e de propriedade. [...] Para o exterior, o grupo que toma a terra se contrapõe a outros grupos e potências que tomam ou possuem uma terra.”

⁵⁷ SCHMITT, 1950, *op. cit.*, p. 65.

determinados motivos⁵⁸, em seu sentido originário: espacial (relacionada a ordenação e localização). Segundo o autor,

O *nomos* é, portanto, a forma imediata na qual a ordem política e social de um povo se torna especialmente visível, a primeira medição e a divisão das pastagens, ou seja, a tomada de terra e a ordem concreta que nela reside e que dela decorre; nos termos de Kant: ‘A lei que distribui o meu e o teu no solo’⁵⁹

Assim, cada período distinto da história, cada nova etapa da convivência entre os povos, impérios e países, entre os que detêm o poder e as mais variadas formações do poder, estariam fundamentados em diferentes divisões de caráter espacial, novas ordenações e circunscrições do espaço da Terra. Daí, enfim, o sentido de *nomos* da Terra. O *nomos* da grande tomada de terra (*Landnahme*) dos séculos XVI e XVII teria sido, segundo Schmitt, o grande evento constituinte da configuração do direito das gentes no *jus publicum europaeum* que, no século XX, estaria chegando ao seu fim⁶⁰. A tomada de terra do novo mundo teria sido o evento fundamental caracterizador do direito internacional até o século XX, essencialmente eurocêntrico. Ao mesmo tempo em que esse direito das gente europeu se fundou sobre uma tomada de terra, foi também porque “o fim dessa ordem espacial da Terra que havia sido a base tradicional”⁶¹ daquele direito chegou que teve início sua desintegração, evidenciando a estrita ligação entre a ordenação do espaço e o direito internacional.

Terra, *nomos* e direito, portanto, são as noções centrais dessa obra de Schmitt. Sua concepção destaca a profunda conexão existente entre o direito internacional e as ordenações concretas e visíveis na realidade perceptível, em uma determinada configuração espacial da Terra. Longe de estar fundado em uma norma hipotética pressuposta, portanto, o direito fincaria suas bases no solo, onde deixaria seus sulcos e suas marcas concretas, visíveis e palpáveis. Ademais, o direito internacional estaria, sob esse ponto de vista, intrinsecamente conectado também com os aspectos políticos e de outras naturezas que, no fim das contas, exercem influência direta na ordenação do espaço terrestre.

Após essa análise pontual das obras de Kelsen e Schmitt, temos que na visão de Kelsen, a soberania é um conceito sistêmico, não exterior ao direito, mas determinado no seu interior. Em outras palavras, a soberania de um Estado poderia ser definida como o conjunto de competências a ele conferidas pelo direito internacional. Isso significa que o direito

⁵⁸ Entre os quais está o de que a palavra *nomos* preserva “conhecimentos que surgem da problemática mundial da atualidade contra o emaranhado legal-positivista, em particular a confusão com palavras e conceitos da ciência do direito intraestatal do século XIX”. *Ibid.*, p. 68.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 69.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 79.

⁶¹ *Ibid.*, p. 245. Cujo início pode ser visto no reconhecimento de um Estado em solo africano no final do século XXI, que era apenas o estopim dos movimentos de independência das colônias que se seguiu na região.

internacional, ao delimitar as fronteiras da “esfera de validade” do direito doméstico, delimitaria o conteúdo da soberania. Koskenniemi denomina essa concepção de *legal approach*⁶², porque entende a soberania como um fenômeno estritamente jurídico.

Por outro lado, para Schmitt, a soberania se revela como um conceito externo ao direito internacional, “um fato normativo ao qual o direito deve se acomodar”⁶³. O direito, nesta linha de pensamento, pode reconhecer a existência de um Estado, mas não determiná-la ou controlá-la, visto que é uma questão de fato. A essa concepção, Koskenniemi confere o título de *pure fact approach*⁶⁴, porque vê a soberania como uma questão de fato – e de ordenação concreta da Terra. A *pure fact approach* não se restringe, porém, ao pensamento de Schmitt, mas se apresenta em distintas versões. Uma das mais frequentes versões dessa corrente é expressa também no voluntarismo, a visão de que o direito internacional surge da vontade do Estado e que “aceita como dada a existência de uma vontade investida de autoridade e procede à construção do direito a partir dela”⁶⁵.

Muito embora sejam essencialmente contrapostas, as posições defendidas por Schmitt e Kelsen possuem um ponto em comum, a saber, que “ambas projetam um modelo normativo sobre como as relações entre a soberania (*statehood*) e o direito devem ser entendidas sem se apoiarem sobre a justiça material”⁶⁶. As duas, portanto, desvinculam o direito, a norma jurídica, do que se possa entender sobre um conceito material de justiça, propondo um modelo normativo formal, ao qual podem se adequar os diversos projetos políticos e conceituais acerca da justiça.

Nesse contexto, na perspectiva de Koskenniemi, os argumentos da doutrina internacionalista moderna oscilam entre esses dois teóricos do direito. Entretanto, tais argumentos não implicam na rejeição total nem de um e nem de outro modelo teórico, pois isso ou tornaria a doutrina utópica – ao rejeitar completamente Schmitt – ou apologista – ao preferir Kelsen⁶⁷. As doutrinas modernas, portanto, ora conduzem a uma compreensão do fenômeno jurídico como essencialmente vinculado à aplicação impessoal de regras jurídicas positivas e abstratas; ora assumem uma abordagem mais relacionada à decisão e ao sujeito que aplica a norma no caso concreto. Enquanto aquele posicionamento privilegiaria, na

⁶² KOSKENNIEMI, 2005, *op. cit.*, p. 228.

⁶³ *Ibidem*, p. 231. Do original: “[...] a normative fact with which the law must accommodate itself”.

⁶⁴ KOSKENNIEMI, 2005, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁵ *Ibidem*. Do original: “[...] accepts as given the existence of an authoritative will and proceeds to construct law from it”.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 227. Do original: “Both project a normative model about how the relations between statehood and law should be understood without taking a stand on material justice.”

⁶⁷ *Ibidem*, p. 228.

análise de uma decisão jurídica, o conteúdo da norma em questão, este pensamento preocupar-se-ia mais com o sujeito da decisão, isto é, com aquele que irá de fato tomá-la, fazendo com que a norma abstrata adquira sentido no mundo dos fatos.

É nesse quadro da doutrina pós-Kelsen e Schmitt que podemos situar, por exemplo, o pensamento de Roberto Ago⁶⁸, cuja obra que aqui será analisada, *Science Juridique et Droit International*⁶⁹, data de 1956. Na concepção de Ago, o direito, enquanto ciência, deve ser apreendido pelo método científico. Não há uma linha clara que estabeleça uma divisão entre teoria e prática na obra de Ago, visto que um de seus grandes méritos foi ter unido a pesquisa a ações práticas de grande relevo na vida internacional⁷⁰. Ele concebia a ciência do direito internacional como o estudo de um objeto da realidade observável, digno de ser examinado, e com ênfase no método historicista.

Na obra de Ago, o “fenômeno jurídico”, que é o objeto de estudo da ciência jurídica, deve ser objeto de observação pelo jurista, visto que é um fenômeno do mundo empírico, tanto quanto aqueles que pertencem à natureza física. Nesse contexto, a fim de que o jurista consiga observar cientificamente o fenômeno jurídico, deve se despojar da adoção de qualquer ideia *a priori*, “estabelecida sobre as premissas de uma tendência especulativa qualquer ou sobre a base de uma ordem de conhecimento distinta”⁷¹. Isto porque o objetivo e o mérito da ciência do direito não é criá-lo, mas sim conhecê-lo⁷², visto que ele se traduz em um fenômeno social empiricamente observável. Nesse sentido, a ciência do direito é fenomênica, essencialmente descritiva e não “normativa”. Nas suas palavras,

A ciência jurídica, enquanto tal, deve se fundar exclusivamente, para determinar suas noções e conclusões, sobre os dados oferecidos pela realidade empírica. Do mesmo modo, é inadmissível que a ciência do direito, se ela é uma ciência, deva se reduzir a uma simples dogmática que se limita a tirar conclusões de certas verdades primeiras que ela empreste de outras ciências, ou que, de todo modo, ela renuncie a provar por ela mesma⁷³.

⁶⁸ Sobre sua vida e obra, em geral, ver: ZICCARDI, Piero. *O Direito Internacional nas Lições de Roberto Ago. Il Diritto Internazionale nell'insegimento di Roberto Ago*, tradução da língua italiana por Arno Dal Ri Júnior.

⁶⁹ AGO, 1956, *op. cit.*, nota 21.

⁷⁰ MIGLIAZZA, Alessandro. *Roberto Ago (1907-1995)*. Publicado na Rivista di Diritto Internazionale, volume LXXXI (1998). Tradução de Arno Dal Ri Júnior.

⁷¹ *Ibidem*, p. 917.

⁷² AGO, Roberto. Características gerais da comunidade internacional e do seu direito. *I caratteri generali della comunità internazionale e del suo diritto*, traduzido da língua italiana por Arno Dal Ri Júnior. *Revista Sequência*, n. 56, pp. 9-28, jun. 2008. p. 10.

⁷³ AGO, 1956, *op. cit.*, p. 904. Do original: “(...) la science juridique, en tant que telle, doive se fonder exclusivement, pour déterminer ses notions et ses conclusions, sur les données offertes par la réalité empirique. De même, il est inadmissible que la science du droit, si elle est une science, doive se réduire à une simple dogmatique qui se borne à tirer des conclusions de certaines vérités premières qu'elle emprunterait à d'autres sciences, ou que, de toute façon, elle renoncerait à prouver elle-même.”

Portanto, para Ago, o direito não é uma ciência normativa e tampouco dogmática, mas empírica. Logo, seu fundamento não pode consistir em uma norma de base hipotética (e é nessa sua premissa fundamental que ele se afasta de Kelsen). A doutrina então proposta por Ago implicou a refinação do conceito daquilo que pode ser propriamente designado por “jurídico”, empreitada a que ele mesmo se propôs. No âmbito internacional, o autor considerou que a “ciência do direito internacional é aquele ramo da ciência jurídica que precisamente se propõe a conhecer e descrever o fenômeno jurídico do modo como ele se manifesta no âmbito daquela coletividade que vem chamada de Comunidade internacional”⁷⁴.

Mesmo partindo de uma concepção do direito como preponderantemente conectada ao mundo dos fatos, da realidade observável, segundo a qual o direito é um fenômeno social que se manifesta na vida da sociedade, o jurista reconhece que o conceito de “juridicidade” não deriva dessa sua característica. Na sua visão, “a ‘juridicidade’ não é uma marca, uma qualidade atribuída pelo Estado ou pela sociedade ou por todo outro ser criador, real ou fictício, mas uma categoria criada pelo pensamento humano que reflete sobre os fenômenos sociais”⁷⁵. Deste modo, é a *ciência jurídica* que, ao notar os aspectos particulares de certo conjunto de regras sociais, diferencia e qualifica de “jurídica” a categoria de normas na qual ela encontra tais aspectos presentes.

Para Ago, seria um erro acreditar que a “juridicidade” de determinadas regras fosse um reflexo da sua criação por determinadas fontes ou autoridades, ou mesmo um “comando” que deriva de alguma vontade. A norma jurídica não é um comando, mas um “julgamento” acerca de determinados fatos. O critério pelo qual a ciência jurídica distingue a norma jurídica das outras regras é que as normas jurídicas agem, na presença de certas condições de fato, de modo a conferir a certos indivíduos ou entes coletivos uma situação subjetiva de determinado tipo⁷⁶.

As normas jurídicas, segundo Ago, podem nascer através de duas vias: a via espontânea, isto é, naturalmente, sem qualquer procedimento especial para sua criação, e a via artificial, no sentido de que se deve à ação de “fatos normativos” determinados, ou seja, procedimentos expressamente previstos pela ordem jurídica. Enquanto aquelas seriam de natureza não-escrita, essas poderiam ser classificadas de positivas. Na sua concepção, portanto, dois grupos de normas existiam: os costumes internacionais, constatados através de

⁷⁴ AGO, 2008, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 922. Do original: “La ‘juridicité’ n’est pas une marque, une qualité attribuée par l’État ou par la société ou par tout autre être créateur, réel ou fictif, mais une catégorie créée par la pensée humaine qui réfléchit sur le phénomènes sociaux”.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 927.

uma abordagem historicista, e as normas pactícias, individualizadas e compreendidas através da análise do seu processo de formação⁷⁷.

Um dos maiores erros do positivismo, na opinião do autor, teria sido o de que, querendo separar o direito do não-direito, acabou excluindo do domínio do direito tudo o que não fosse *jus positum* – todo o direito que não se manifesta como produto de atos especiais de criação, e que nem por isso deixa de ser verdadeiro direito, “sem o qual mesmo o direito estabelecido por fontes formais não seria direito”⁷⁸. No âmbito do direito internacional, especificamente, as regras jurídicas de criação espontânea seriam hierarquicamente superiores às produzidas por fontes formais.

A conclusão de sua obra é que uma ordem jurídica é, em sua essência, uma realidade objetiva, cuja existência pode ser constatada na história. A tarefa da ciência do direito, por sua vez, é conhecê-la, e não “fundá-la” sobre fatos ou princípios ideais. Segundo o autor,

A existência da ordem jurídica internacional, em particular, é um dado que não pode se encontrar demonstrado senão depois de um exame cientificamente objetivo da realidade empírica. Mas uma vez que esse exame permitiu estabelecê-la como verdade, querer negá-la ou mesmo apenas confirmar um tal dado sobre a base de premissas de qualquer natureza que seja, é se colocar fora do terreno da ciência jurídica⁷⁹.

Seu método o conduziu a um certo tipo de resistência aos preceitos do positivismo jurídico, que contaminaria a investigação científica do direito com seus excessos de “purificação”:

Tudo o que expomos [...] deveria ter fornecido uma prova convincente de como seja indispensável que a doutrina jurídica – e, no seu seio, especialmente aquela internacionalista – realiza hoje um esforço ulterior para se liberar definitivamente de determinados resíduos e caducas heranças do positivismo jurídico, que lhe impedem de levar a cabo e de tornar firmes algumas conquistas que lhe são indispensáveis para o futuro desenvolvimento da investigação científica.⁸⁰

O discurso científico de Ago é relativamente próximo do pensamento de Michel Virally, jurista que escreveu entre as décadas de 1960 e 1980. A abordagem proposta por esse autor também revela uma tentativa de estabelecer as verdadeiras bases de uma autêntica

⁷⁷ MIGLIAZZA, 1998, *op. cit.*

⁷⁸ AGO, 1956, *op. cit.*, p. 941. Do original: “(...) sans lesquelles même le droit établi par des sources formelles ne serait pas du droit”.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 954. Do original: “L’existence de l’ordre juridique international, en particulier, est une donnée qui ne peut se trouver démontrée qu’à la suite d’un examen scientifiquement objectif de la réalité empirique. Mais une fois que cet examen a permis de l’établir comme vraie, vouloir nier ou même seulement confirmer une telle donnée sur la base de prémisses de quelque nature que ce soit, c’est se placer hors du terrain de la science juridique.”

⁸⁰ AGO, Roberto. *Diritto positivo e diritto internazionale*, originalmente publicado em *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*. Milano, 1957. Traduzido da língua italiana por Arno Dal Ri Júnior. p. 49.

ciência do direito. Sua análise se desenvolve em torno do que ele designa por “fenômeno jurídico”, que seria a própria expressão do direito na realidade. Para o autor,

A ‘verdadeira’ ciência do direito, aquela que pretende conhecer o direito em toda a sua realidade, sob todos os seus aspectos, não pode ignorar nenhum dentre eles. Ela deve combiná-los, ou recompô-los em uma unidade. Seu objeto, portanto, não está limitado somente às normas jurídicas, consideradas isoladamente da realidade social que elas são chamadas a informar; ele não se limita também aos fatos sociais afetados pelo direito. Ele é constituído pelo que eu chamarei de ‘fenômeno jurídico’, entendendo por isso o fato de que muitas relações sociais são influenciadas pelo direito, mas que o direito não se reduz à sua aplicação prática: ele confere a essa prática uma significação social e é por ela que ele a orienta.⁸¹

O direito, portanto, seria um fenômeno profundamente arraigado na vida social e, mais do que isso, “constitui[ria] um sistema de regulação (e portanto de racionalização) das relações sociais”⁸². Por isso, uma abordagem sensata do fenômeno jurídico jamais poderia ser desvinculada da história social. “Em outras palavras, trata-se de tomar o direito como ele se apresenta (como um conjunto normativo), mas de situá-lo em seu contexto histórico-social, sem o qual ele não possui realidade (...)”⁸³. A observação feita pela ciência do direito conduz à compreensão de que o direito é mais uma dentre as tantas ordens sociais presentes em uma específica realidade social (tais como a religião, a moral, etc.).

Por sua vez, o direito internacional, na concepção de Virally, poderia ser compreendido sob duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva. Na primeira delas, ele seria tido ou como um instrumento de política exterior de um Estado ou como um obstáculo a ela⁸⁴. Assim, mostrar-se-ia como uma das ordens que atuam na sociedade internacional e, na perspectiva subjetiva, definir-se-ia com relação à política estatal. Já objetivamente, a ordem jurídica internacional seria “um componente da ordem política internacional, isto é, do

⁸¹ VIRALLY, M. *Panorama du droit international contemporain: Cours général de droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, v. 183, 1983. p. 26. Do original: “La «vraie» science du droit, celle qui prétend connaître le droit dans toute sa réalité, sous tous ses aspects, ne peut ignorer aucune d'entre elles. Elle doit les combiner, ou les recomposer en une unité. Son objet, dès lors, n'est pas limité aux seules normes juridiques, considérées isolément de la réalité sociale qu'elles sont appelées à informer; il ne se borne pas davantage aux seuls faits sociaux affectés par le droit. Il est constitué par ce que j'appellerai le «phénomène juridique», en entendant par là le fait que beaucoup de rapports sociaux sont influencés par le droit, mais que le droit ne se réduit pas à son application dans la pratique : il donne à cette pratique une signification sociale et c'est par là qu'il l'oriente.”

⁸² VIRALLY, 1983, *op. cit.*, p. 26. Do original: “Ainsi conçu, le droit constitue un système de régulation (et donc de rationalisation) des rapports sociaux.”

⁸³ VIRALLY, 1983, *op. cit.*, p. 26. Do original: “En d'autres termes, il s'agit de prendre le droit comme il se présente (comme un ensemble normatif), mais de le replacer dans son environnement socio-historique, sans lequel il n'a pas de réalité.”

⁸⁴ VIRALLY, 1983, *op. cit.*, p. 30.

sistema de relações interestatais que prevalece em uma determinada época”⁸⁵. Aqui também, a ordem jurídica é vista como um dos componentes da sociedade de determinada época, definindo-se com relação ao sistema de relações entre os Estados.

É por essas razões que o autor considera que “não existe antinomia, como certos hábitos verbais deixam pensar (por exemplo a distinção entre diferendos políticos e diferendos jurídicos), entre direito e política. Ao contrário, eles se recobrem parcialmente, mais sem jamais se confundirem”⁸⁶. A ordem jurídica e a ordem política estariam sobrepostas no âmbito de um mesmo contexto histórico e social. Uma vez estabelecida essa conexão, “a ordem política, ligada às relações entre as grandes potências, interfere necessariamente no funcionamento da ordem jurídica, e é capaz de modificar sua significação e sobretudo sua aplicação; portanto, finalmente, seu conteúdo”⁸⁷. Virally, desse modo, entende o direito a partir do contexto em que é situado, sendo condicionado pelos fatos aos quais se aplica e dos quais decorre.

No contexto doutrinário pós Virally e Ago, ainda, pode-se falar particularmente da obra de Marti Koskenniemi, cujas contribuições trazidas à luz ao final da década de 80 ecoaram de modo relevante no cenário da ciência do direito internacional da época. Entretanto, os conceitos trazidos por esse autor já têm sido abordados de modo esparso neste trabalho, motivo pelo qual não serão abordados especificamente neste momento.

Por sua vez, o marco teórico eleito para este trabalho que será apresentado a partir desse ponto, é, pode-se afirmar, uma das doutrinas internacionalistas modernas que (ainda) oscilam entre os argumentos teóricos de Kelsen e Schmitt – *legal e pure fact approaches*. Por mais que Higgins procure guiar sua abordagem por uma análise realista e factual, não se pode falar, contudo, em uma similitude de raciocínio entre ela e os autores analisados anteriormente. O espaço temporal que separa Higgins de Schmitt, bem como as peculiaridades e consequências políticas do pensamento deste, fazem com que qualquer comparação do marco teórico com a obra dele se torne um trabalho arriscado, de sorte que somente se pode colocar Higgins numa linha teórica que se posiciona de forma contraposta a Kelsen, sem, no entanto, estar lado a lado com Schmitt. Ainda, Ago e Virally oferecem um

⁸⁵ VIRALLY, 1983, *op. cit.*, p. 31. Do original: “[...] l’ordre juridique international est une composante de l’ordre politique international, c’est-à-dire du système de rapports interétatiques qui prévaut à une époque donnée”.

⁸⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 31. Do original: “Il n'existe pas d'antinomie, comme certaines habitudes verbales le laissent penser (par exemple la distinction classique des différends politiques et des différends juridiques) entre droit et politique. Au contraire, ils se recouvrent partiellement, mais sans jamais se confondre.”

⁸⁷ VIRALLY, 1983, *op. cit.*, p. 32. Do original: “L’ordre politique, lié aux rapports entre grandes puissances, interfère nécessairement avec le fonctionnement de l’ordre juridique, dont il est susceptible de modifier la signification et surtout l’application ; donc, finalement, le contenu.”

modelo empírico de análise que, em alguma medida, aparece também na obra de Higgins, mas não sob um quadro científico tão bem delineado.

A seguir, desenvolver-se-ão os principais conceitos que darão forma ao marco teórico, para servir de base a esta pesquisa. Antes de começar, porém, é importante fazer a ressalva de que o livro escolhido não se propõe a ser um tratado ou uma doutrina exaustiva acerca do direito internacional, senão um conjunto de reflexões sobre suas questões e seus problemas centrais. Por isso, não se espera da autora uma sistematização característica das grandes doutrinas, mas sim reflexões pontuais e agudas acerca dos temas cruciais desta seara, por parte de quem tem em seu currículo um histórico considerável e distinto no que diz respeito ao conhecimento de como o direito internacional é concebido e é operacionalizado na prática.

Na obra de Rosalyn Higgin, *Problems & Process: International Law and How We Use it*, a autora defende que o direito internacional consiste sobretudo em um processo contínuo de decisões investidas de autoridade (*authoritative decisions*)⁸⁸. O resultado desse processo de decisões é que daria origem a um sistema normativo, que seria o próprio direito internacional, cujo papel seria o de oferecer um método sistemático e operacional para assegurar valores considerados comuns aos participantes da ordem jurídica internacional⁸⁹. Deste modo, distante de se resumir a um “livro de regras”⁹⁰, em sua visão, o conceito de direito internacional englobaria todo o processo de tomada de decisões (*decision-making*)⁹¹. Ainda assim, a autora reconhece que as regras, e não só os processos, teriam um importante papel no direito internacional, por mais que não constituam a única parte da qual ele é formado.

Antes de prosseguir, impõe-se esclarecer que, para Higgins, uma decisão jurídica não é uma decisão qualquer, tomada sob quaisquer circunstâncias. Quando as decisões são tomadas por pessoas ou órgãos autorizados, em fóruns apropriados, sob o *framework* de certas práticas e normas estabelecidas, então o que ocorre é não apenas um processo de tomadas de

⁸⁸ A expressão “continuing process of authoritative decisions”, do inglês, foi traduzida livremente por “processo contínuo de decisões investidas de autoridade”. HIGGINS, Rosalyn. *Policy Considerations and the International Judicial Process*. ICLQ, 1968. p. 58-59. Ver, também, nesse sentido: HIGGINS, Rosalyn, 1994, *op. cit.*, pp. 2-4.; LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*, 1958.

⁸⁹ HIGGINS, 1994, p. 1.

⁹⁰ Conceito frequentemente relacionado ao positivismo jurídico, cujo principal expoente no século XIX foi John Austin, em *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press: Cambridge, 1995. Sobre o positivismo utilitarista, ver também: BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*. The Althone Press: London, 1970.

⁹¹ HIGGINS, 1968, p. 59.

decisão, mas um processo *jurídico* de *decision-making*⁹². É desses processos *jurídicos* de *decision-making*, os quais a autora designa por “direito internacional”, que flui um sistema normativo, cujo papel seria o de ser um sistema operacional na perscução dos objetivos comuns.

Regras, para Higgins, são apenas o acúmulo de decisões passadas. Assim, se as regras formassem o todo do direito internacional, a autora acredita que este seria incapaz de contribuir e lidar com um mundo em constantes mudanças políticas:

Basear-se meramente no acúmulo de decisões passadas (regras) quando o contexto no qual elas foram articuladas mudou – e de fato quando seu contexto é frequentemente obscuro – é determinar que o direito internacional não será capaz de contribuir aos problemas de hoje e, mais, que será desobedecido por esta razão.⁹³

As decisões no âmbito do direito internacional, portanto, não seriam tomadas simplesmente através de consulta a regras, isto é, por mera subsunção do fato às diretivas emanadas de decisões acumuladas no passado acerca do assunto em questão. Segundo Higgins, afastar-se da concepção do direito internacional mais voltada à aplicação de regras traria consigo uma consequência necessária: compreender que a função judicial internacional – e não somente os juízes, mas todos aqueles que são autorizados a tomar decisões no ordenamento jurídico internacional, tais como consultores jurídicos e *decision-makers* em geral – implica não simplesmente em “encontrar regras”, mas em “fazer escolhas”⁹⁴; pois “referências à ‘correta decisão jurídica’ ou a ‘regras’ jamais podem evitar o elemento da escolha”⁹⁵.

Isso acontece, primeiro, porque o *decision-maker* teria o papel central de determinar qual é a regra relevante no caso que tem sob suas mãos e, depois, porque as decisões acumuladas no passado não deveriam jamais ser aplicadas em desconsideração com o contexto de sua aplicação⁹⁶. O juiz, portanto, tanto na visão de Higgins como também de Lauterpacht, não busca ou não “encontra regras” corretas, mas “faz escolhas”, e escolhas “não entre pretensões que são completamente justificadas e pretensões que não possuem

⁹² *Idem*, 1968. p. 58.

⁹³ HIGGINS, 1994, p. 3. Do original: “To rely merely on accumulated past decisions (rules) when the context in which they were articulated has changed – and indeed when their context is often unclear – is to ensure that international law will not be able to contribute to today’s problems and, further, that it will be disobeyed for that reason.”

⁹⁴ LAUTERPACHT, *op. cit.*, 1958, p. 399.

⁹⁵ HIGGINS, 1994, p. 5. Tradução livre. Do original: “References to ‘the correct legal view’ or ‘rules’ can never avoid the element of choice (...)”.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 3.

fundamento algum, mas entre pretensões que possuem variados graus de mérito jurídico”⁹⁷. Como observado anteriormente, Higgins aponta duas razões principais pelas quais determinados juristas internacionalistas insistem em definir e conceituar o direito internacional como “regras”:

A primeira razão é que, se o direito internacional for visto como mais do que regras, e o papel do *decision-maker* investido de autoridade como outro que não o de um aplicador automático de tais regras, o direito internacional torna-se confundido com outros fenômenos, tais como poder ou fatores humanitários ou sociais. A segunda razão é que é sentido por muitos que somente insistindo no direito internacional como regras a serem imparcialmente aplicadas será possível evitar a manifestação do argumento jurídico internacional para fins políticos.⁹⁸

Essas interpretações excessivamente positivistas do direito internacional, no entanto, para Higgins, buscam contrastar direito e poder; procuram posicioná-los em lados opostos. Isso seria falho, na sua percepção. Assumir que o direito internacional está relacionado apenas com a ideia de autoridade e não com poder ou com controle é um equívoco. Para a autora, o direito internacional relaciona-se tanto com autoridade como com poder:

[...] não é o caso, como frequentemente suposto, que o direito internacional relaciona-se *somente* com autoridade [...] Essa visão – que bane o poder à escuridão profunda (isto é, para a domínio das relações internacionais) – assume que a autoridade pode existir na total ausência de um controle que a suporte, ou de um poder. Mas isso é uma fantasia. A autoridade que caracteriza o direito existe não em um vácuo, mas exatamente ali onde ela se intersecciona com poder. O direito, longe de ser autoridade lutando contra poder, é a intersecção (*interlocking*) da autoridade com o poder.⁹⁹

Por isso, uma decisão jurídica seria aquela na qual se encontrassem presentes tanto o poder (a força) quanto a autoridade (a competência e a legitimidade da decisão). O poder aqui é concebido como uma questão de fato. A autoridade, por sua vez, não diz respeito somente a decisões vinculantes, mas também ao sentido amplo de competência jurisdicional. Quando o poder se sobressai à autoridade, ou quando a autoridade não conta com o poder, não se pode denominar tal decisão de jurídica ou legal. Isso significa que o direito não se confunde com o poder e nem é necessariamente hostil ao poder e, ainda, que este, por mais que não seja o

⁹⁷ LAUTERPACHT, 1958, p. 399. Do original: “[...] not between claims which are fully justified and claims which have no foundation at all but between claims which have varying degrees of legal merit”.

⁹⁸ HIGGINS, 1994, *op. cit.* p. 3. Do original: “The first reason is that, if international law is regarded as more than rules, and the role of the authorized decision-maker as other than automatic applier of such rules, international law becomes confused with other phenomena, such as power or social or humanitarian factors. The second is that it is felt by many that only by insisting on international law as rules to be impartially applied will it be possible to avoid the manifestation of international legal argument for political ends”.

⁹⁹ *Ibidem.* p. 4. Do original: “[...] it is not the case, as frequently supposed, that international law is concerned with authority *alone* [...] This view – which banishes power to the outer darkness (that is to say, to the province of international relations) – assumes that authority can exist in a total absence of supporting control, or power. But this is a fantasy. The authority which characterizes law exists not in a vacuum, but exactly where it intersects with power. Law, far from being authority battling against power, is the interlocking of authority with power.”

único fator que o determina, é, sim, elemento integrante dos processos jurídicos. Há direito quando aquele órgão ou agente *decision-maker* autorizado, isto é, competente e legitimado pela comunidade internacional, toma uma decisão e possui o necessário poder para torná-la efetiva. O direito, nessa condição, relaciona-se tanto com regras como com fatores políticos. Segundo Higgins,

Considerações políticas, muito embora elas sejam distintas de ‘regras’, são parte integrante desse processo de *decision making* ao qual chamamos direito internacional; a avaliação das assim chamadas considerações extralegais é *parte do processo jurídico*, tanto como o é a referência ao acúmulo de decisões passadas e normas atuais. Uma recusa ao conhecimento de fatores políticos e sociais não pode manter o direito ‘neutro’, porque mesmo essa recusa não acontece sem consequências políticas e sociais. Não há como evitar o relacionamento essencial entre direito e política.¹⁰⁰

Nessa ótica, justamente porque a autora acredita que não se deva evitar o relacionamento essencial entre direito e política, sua visão é a de que os fatores políticos precisam ser enfrentados de modo sistemático e transparente. Numa abordagem sistemática porque todos os fatores políticos devem ser devidamente considerados e sopesados numa decisão jurídica, “em vez de o *decision-maker* inconscientemente estreitar ou eleger quais fatores ele irá levar em consideração a fim de alcançar uma decisão que ele havia instintivamente predeterminado como desejável”¹⁰¹. Depois, abertamente e de modo transparente porque o *decision-maker* está sujeito à disciplina de enfrentar tais fatores diretamente e porque as escolhas que são feitas são abertas ao escrutínio público e à discussão. Lidar com essas matérias de modo organizado e transparente é justamente tentar evitar que o direito seja inconscientemente influenciado e contaminado por interesses políticos, e não o contrário. Não se trata de misturar direito e política, mas sim de conferir a devida importância a ambos e clarificá-los para não confundi-los, sem cair na “falsa ilusão” de que um juiz que aplica uma regra jurídica consegue fazê-lo sem ao mesmo tempo tomar uma decisão política. Assim, a indagação acerca da forma pela qual os fatores políticos – ou, mais amplamente, não-jurídicos – e atores não estatais participam, influenciam e moldam os processos jurídicos de *decision-making* revela-se como um problema essencialmente ligado ao estudo do direito internacional.

¹⁰⁰ HIGGINS, Rosalyn. *Integrations of Authority and Control*. In: McDOUGAL *et alii*. *Toward world order and human dignity: Essays in honor of Myres S. McDougal*. Nova Iorque: Free Press, 1976. p. 85. Do original: “Policy considerations, although they differ from ‘rules’, are an integral part of that decision making process which we call international law; the assessment of so-called extralegal considerations is *part of the legal process*, just as is reference to the accumulation of past decisions and current norms. A refusal to acknowledge political and social factors cannot keep law ‘neutral’, for even such a refusal is not without political and social consequence. There is no avoiding the essential relationship between law and politics.”

¹⁰¹ *Idem*, 1994, p. 5. Do original: “[...] instead of the decision-maker unconsciously narrowing or selecting what he will take into account in order to reach a decision that he has instinctively predeterminded is desirable”.

A abordagem político-científica do direito internacional (*policy-science approach*) defendida pela autora, é aquela segundo a qual as regras, ou as decisões jurídicas acumuladas ao longo do tempo passado, devem ser interpretadas, ao tempo de sua aplicação, com a devida consideração dos objetivos políticos aos quais estão subordinadas¹⁰². Entretanto, poder-se-ia questionar se isso teria o condão de significar que qualquer meio seria legítimo para chegar a um fim político desejado (isto é, acerca da validade da seguinte conclusão: havendo um fim político almejado – utiliza-se *qualquer* meio para sua consecução). A autora responde que não: as regras têm um papel importante a cumprir no direito internacional e nas respectivas decisões que são tomadas nesse âmbito. Há, sim, por exemplo, meios que são definitivamente proibidos através de regras relativas ao direito internacional. Nesse sentido,

É do interesse comum que algumas proibições devem ser absolutas (por exemplo, as proibições contra certos tipos de armamento); e é do interesse comum que outros tipos de limitações de condutas devam ser tidas como obrigatórias, mesmo se, em algum caso isolado, isso impedir a realização de um resultado que de outro modo seria visto como desejado. Tendo dito isto, vai muito além do razoável sugerir, como alguns fazem, que, na falta de uma determinação por uma terceira parte, a *policy-science approach* significa simplesmente qualquer coisa que o *policy-maker* deseja.¹⁰³

O debate sobre a discricionariedade política no direito internacional começa na questão da definição sobre o conceito deste último. No entendimento de Higgins, para aquele que estuda o direito internacional, uma escolha deve ser feita: enxergar o direito internacional como regras ou como um processo. Sínteses que buscam conciliar as duas perspectivas, *middle views*, por mais que pareçam sedutoras, evitam ou maquiagem questões essenciais e, portanto, devem ser rejeitadas, segundo a autora.

A escolha realizada por Higgins é a de perceber o direito internacional como um processo¹⁰⁴. Muito embora as consequências dessa escolha impliquem em um trabalho mais árduo na seleção e identificação das fontes do direito, bem como na aplicação das normas, visto que nada é automático e o contexto sempre é importante, conceber “o direito

¹⁰² O direito internacional contemporâneo se apresenta cada vez mais misturado entre as inúmeras ordens que vigoram na comunidade internacional. A esse respeito, ver: KALSHOVEN, Frits. *International Law Tomorrow: General Conclusions*. In: ROUSSEAU, Charles *et alii*. *Le Droit International Demain*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1974. p. 111. “[...] international law is not the only nor necessarily the dominant factor in international relations. This is true for governments and, generally, for international decisionmakers. It is equally true for international lawyers, who no longer can afford to close their eyes to the multifaceted reality they are facing”.

¹⁰³ HIGGINS, 1994, p. 7. Do original: “[...] it is in the common interest that some prohibitions should be absolute (for example, the prohibitions against some kinds of weaponry); and it is in the common interest that other kinds of limitation on conduct, that prevents the achievement of an outcome otherwise to be regarded as desirable. That being said, it is still quite wide of the mark to suggest, as some do, that, in the absence of third-party determination, the policy-science approach means simply whatever the policy-maker wants.”

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 8. “The choice is for a perception of international law as a process”.

internacional como um processo *não* implica em uma rejeição daquele núcleo (*core*) de previsibilidade que é essencial para que o direito cumpra sua função na sociedade”¹⁰⁵.

Há três principais decorrências relacionadas a essa escolha, as quais a autora aborda em sua obra. A primeira delas é que a rejeição do concepção do direito internacional como meras regras resulta na decrescente importância da distinção entre *lex lata* e *lex ferenda*, isto é, a lei como ela é e a lei como ela deveria ser. A partir do momento em que as normas já não são aplicadas irrefletidamente e independentemente do contexto de sua aplicação, pois o direito como processo estimula as escolhas que são mais compatíveis com os objetivos perseguidos pela comunidade internacional, essa se torna uma “falsa dicotomia”, “uma clivagem que nós podemos banir da existência”¹⁰⁶.

É fundamental notar, neste ponto, talvez o fator primordial que torna a aproximação de Higgins ao “direito como decisão” distinta da abordagem de Schmitt. Enquanto para o autor alemão o conceito e a teoria acerca do direito estão desvinculados de qualquer conteúdo material de justiça, Higgins vincula profundamente sua análise do sistema jurídico à busca do *bem comum* da comunidade internacional e dos valores que lhes são caros. Enquanto, em Schmitt, direito e justiça não andam necessariamente juntos ao menos no plano da teoria, para Higgins – e nós nos permitimos concluir dessa maneira – o direito serve a uma necessidade social e tem como fim a realização da justiça, traduzida na maximização do *bem comum*¹⁰⁷. Sem o direito, e mais especificamente sem o direito internacional, não haveria aviação segura, nem seria possível a alocação de recursos, e muito menos haveria garantia de segurança para as pessoas que resolvessem habitar no exterior – não haveria nem possibilidade e nem garantia de realização dos valores aos quais a comunidade aspira. Tal é a função do direito como processo contínuo de decisões, visto que essas decisões sempre serão norteadas pela busca do *bem comum*.

Como outra decorrência, surge a questão das lacunas. O direito internacional, não em raros momentos, deixa de apresentar soluções normativas para situações que frequentemente as demandam. Enquanto o defensor da concepção do direito internacional como meras regras dirá que esse direito não tem nada a dizer acerca de tais situações, àquele que vê o direito

¹⁰⁵ HIGGINS, 1994, p. 8. Do original: “[...] law as a process does *not* entail a rejection of that core predictability that is essential if law is to perform its functions in society”.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 10. Do original: “[...] a cleavage that we can ourselves banish from existence”.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 1. Do original: “All organized grupos and structures require a system of normative conduct – that is to say, conduct which is regarded by each actor, and by the group as a whole, as being obligatory, and for which violation carries a price. Normative systems make possible that degree of order if society is to maximize the common good – and, indeed, even to avoid chaos in the web of bilateral and multilateral relationships that that society embraces.”

internacional como proceso “ainda est[ar]ão disponíveis as ferramentas para decisões investidas de autoridade acerca do problema (pelo uso da analogia, pela referência ao contexto, pela análise das consequências alternativas) [...]”¹⁰⁸. É por isso que o direito, mesmo nesse tipo de situação, seria capaz de oferecer uma resposta.

A última das consequências de se conceber o direito internacional como um processo seria aquela que diz respeito à identificação das fontes jurídicas internacionais. Visto que, nessa concepção, não somente as normas postas ou positivadas ou decisões judiciais são importantes, mas também os processos de *decision-making* investidos de autoridade, as práticas dos Estados, os *claims* e *counterclaims*, etc., o jurista não necessitaria dedicar-se exclusivamente a estudar a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça para compreender o sistema jurídico internacional, a despeito de sua importância:

Nós não abraçaremos a visão daqueles que têm escrito que o direito internacional é para ser entendido como o que um tribunal imparcial diria se fosse questionado acerca do assunto. [...] Este livro, tomando como seu ponto de partida a percepção do direito internacional como um sistema de *decision-making* investido de autoridade disponível em um sistema descentralizado para todos os *decision-makers* investidos de autoridade, não será centrado na Corte Internacional de Justiça, por mais importante que seja seu papel.¹⁰⁹

É curioso notar que tais palavras vêm de uma ex-juíza e ex-presidente da Corte Internacional de Justiça. Para ela, as fontes do direito internacional não estão concentradas apenas nos tribunais ou nas normas, mas estão espalhadas por um sistema descentralizado, no qual se pode encontrar o direito internacional nos processos jurídicos de *decision-making* levados a cabo por todos os órgãos ou pessoas que tenham sido investidas de autoridade por esse mesmo sistema. Centralizar as fontes do direito internacional somente em órgãos “imparciais” seria um erro, porque desprezaria todos os outros fatores jurídicos ou produtores de direito que podem ser encontrados no interior do sistema, que é, por natureza, descentralizado e horizontal.

A questão que diz respeito às fontes do direito internacional e a que diz respeito aos participantes desse sistema jurídico, apesar de serem essencialmente distintas uma da outra, estão inevitavelmente conectadas. Contudo, a análise deste trabalho (que se detém na atuação das ONG’s no meio jurídico internacional) será especialmente balizada pelo conceito de

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 10. Do original: “[...] to the person who views international law as a process, there are still the tools for authoritative decision-making on the problem (by the use of analogy, by reference to context, by analysis of the alternative consequences)”.

¹⁰⁹ HIGGINS, 1994, p. 10-11. Do original: “We will not be embracing the view of those who have written that international law is to be understood as what an impartial court would say if seized of the issue. [...]. This book, taking as its starting-point the perception of international law as an authoritative system of decision-making available in a decentralized system to all authorized decision-makers, will not be centred on the International Court of Justice, hugely important though its role is.”

“participante” do direito internacional desenvolvido por Higgins na obra eleita como referencial teórico, o que ocasionará que, por vezes, a questão das fontes seja abordada, mas apenas de modo reflexo e na medida em que necessário para esclarecer o objeto deste estudo. Antes de partir para o capítulo seguinte, porém, far-se-á um breve apanhado das concepções relacionadas à própria estrutura e essência do direito internacional dos principais nomes da doutrina internacionalista contemporânea, para que o marco teórico deste trabalho seja melhor posicionado perante o pensamento atual.

Na concepção de Alain Pellet, o direito internacional é uma consequência da soberania dos Estados, cujas relações entre si ele tem por objetivo regular. O direito é, logo, um regulador: seu objetivo é ditar as regras de coexistência entre esses entes soberanos. Nas palavras do autor,

Na sociedade internacional coexistem entidades iguais, tendo as mesmas pretensões ao exercício de uma soberania absoluta. O direito internacional é o indispensável regulador dessa coexistência e, na ordem internacional, o direito, longe de ser incompatível com a soberania dos Estados, é o seu corolário necessário: o Estado não se concebe isoladamente e é isso, precisamente, que o distingue do Império; portanto, o conceito de soberania não pode receber um sentido absoluto e significa somente que o Estado não está subordinado a nenhum outro, mas que ele deve respeitar as regras mínimas que garantem o mesmo privilégio a todos os outros. Tal é o objeto primeiro e o fundamento do direito internacional moderno.¹¹⁰

Do mesmo modo, para Touscoz, “o Direito Internacional é o conjunto das regras e das instituições jurídicas que regem a sociedade internacional e que nela tendem a estabelecer a paz e a justiça e a promover o desenvolvimento”¹¹¹. O direito internacional seria ainda um regulador. No entanto, segundo esse autor, ele não serviria à regulação somente das relações entre os Estados, mas da sociedade internacional como um todo, abrangendo sob seu manto todas as relações que efetivamente aí se desenvolvem. Touscoz não tem o objetivo de restringir o objeto e o fundamento do direito internacional somente às relações entre os Estados. Em suas palavras,

Nós não definimos o Direito Internacional a partir do conceito de Estado, nós não confundimos o Direito Internacional e o Direito inter-estadual. (...) Pensamos, portanto, que o Direito Internacional não deve ser definido como sendo o Direito que rege as relações internacionais definidas com base na noção de Estado, mas que

¹¹⁰ PELLET, Alain, *et. alii. Droit international public*. 8ª edição. Paris: Lextenso éditions, 2009. p. 95. Do original: “Dans celle-ci [la société internationale] coexistent des entités égales, ayant les mêmes prétentions à l’exercice d’une souveraineté absolue. Le droit international est l’indispensable régulateur de cette coexistence et, dans l’ordre international, le droit, loin d’être incompatible avec la souveraineté des États, en est le corollaire nécessaire: l’État ne s’y conçoit pas isolément et c’est, précisément, ce qui le distingue de l’Empire; dès lors, le concept de souveraineté ne peut recevoir un sens absolu et signifie seulement que l’État n’est subordonné à aucun autre mais qu’il doit respecter des règles minimales garantissant le même privilège à tous les autres. Tel est l’objet premier e le fondement du droit international moderne”.

¹¹¹ TOUSCOZ, p. 23.

o Direito Internacional rege a sociedade internacional, sendo esta muito mais complexa e diversificada que a sociedade inter-estadual.¹¹²

O objeto do direito, desse modo, seria a regulação da sociedade internacional, em prol da paz, da justiça e do desenvolvimento.

Por fim, para a doutrina especialmente recente de James Crawford (2013), o direito internacional também seria visto como um processo¹¹³, perspectiva que o autor mesmo dedica à obra de Rosalyn Higgins – o que dá conta da atualidade do marco teórico ora elegido. Não obstante, o lugar das regras estaria assegurado e bem assentado no interior do sistema, abordagem que se aproxima muito daquela atribuída à ex-Juíza. Conforme disse o autor,

[...] é sempre o processo de articulação e avaliação que ocorre onde direitos ou interesses estão engajados no âmbito internacional que importa. O direito internacional é uma forma de *praxis* que envolve uma autoridade difusa, descentralizada mas ainda assim observável e real. Ao mesmo tempo ele é um processo em que direitos são afirmados e deveres são invocados [*relied on*] por referência a normas baseadas em consentimento expresso ou costume. O direito internacional é tanto um processo de asserção e *reliance* como um sistema de princípios e regras: juntos eles constituem o curso do direito internacional [...].¹¹⁴

1.2. O direito internacional entre sujeitos e participantes

Se o direito internacional é tido antes como processo contínuo de decisões investidas de autoridade do que como aplicação automática de regras, tão importante quanto se empenhar na investigação de suas fontes é estudar os atores responsáveis, isto é, aqueles investidos de autoridade para tomar as decisões pertinentes a esse sistema descentralizado de processos jurídicos de *decision-making* e os demais atores que, de algum modo, fazem parte desse processo.

Uma vez que o sistema não possui uma autoridade central e nem é verticalizado¹¹⁵, quem são os “participantes” que atuam nesse ordenamento jurídico internacional? Neste ponto, chega-se a uma das principais marcas da abordagem de Higgins ao direito internacional: ela não trabalha a partir da clássica distinção entre *sujeitos* e *objetos* do

¹¹² *Ibid.*, p. 24.

¹¹³ CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Recueil des Cours, 2013. Parágrafo 2.

¹¹⁴ *Ibidem*. Do original: “[...] it is always the process of articulation and assessment that occurs where rights or interests are engaged at the international level that matters. International law is a form of *praxis* involving diffuse, decentralized but nonetheless observably real authority. At the same time it is a process in which rights are asserted and duties relied on by reference to norms based on express agreement or custom. International law is both a process of assertion and reliance and a system of principles and rules: together they constitute the course of international law [...]”

¹¹⁵ Acerca de tais características peculiares à ordem jurídica internacional, principalmente sobre a tensão entre ordem e caos que daí desponta: ATTAR, Franck. *Le Droit International: Entre Ordre et Chaos*. Hachette Référence, 1994.

ordenamento jurídico, mas propõe que a questão seja analisada com fundamento na categoria de “participantes” do sistema jurídico internacional. Higgins refuta a ideia de que, na ordem jurídica internacional, existam somente *sujeitos* e *objetos*. Segundo a autora,

Esse ponto de partida recebeu uma aceitação ampla e acrítica e necessariamente ditou o quadro de qualquer análise. Nós todos temos sido feitos cativos por uma doutrina que estipula que todo o direito internacional deve ser dividido entre ‘sujeitos’ – isto é, aqueles elementos que detêm, sem a necessidade de intervenção doméstica, direitos e responsabilidades; e ‘objetos’ – isto é, o resto. [...] Eu creio que cada passo desse argumento está equivocado.¹¹⁶

Esse pensamento é um corolário da sua concepção inicial acerca do direito internacional. A escola rejeitada pela ex-juíza, a qual vê o direito internacional antes como regras do que como processo, assume por exemplo que, para que um indivíduo possa ser considerado um ‘sujeito’ do direito internacional, deve haver uma regra específica ‘permitindo’ que isso aconteça. Para a autora, entretanto, tal distinção não corresponde à realidade das coisas e nem tem funcionalidade prática. Em suas palavras: “[n]ós erguemos uma prisão intelectual por nossa própria escolha e então declaramo-la como sendo uma limitação (*constraint*) inalterável”¹¹⁷.

Considerando-se a importante ruptura que ora é levada a efeito com base no referencial teórico escolhido, é prudente que sejam esboçados a seguir, em linhas gerais, antes de adentrar especificamente à ideia de Higgins, os conceitos relacionados à classificação sujeito-objeto no direito internacional sustentados pelo entendimento dominante ou majoritário da doutrina, na medida em que servirão para esclarecer a posição da teoria de base deste trabalho na ciência do direito internacional.

“A doutrina positivista ortodoxa tem sido explícita na afirmação de que somente os Estados são sujeitos do direito internacional”¹¹⁸. O modelo clássico do direito internacional tem suas origens no sistema de Estado-nação originário do tratado de paz de Westfália, em 1648¹¹⁹. A doutrina da soberania estatal foi desenvolvida principalmente após essa época, o

¹¹⁶ HIGGINS, 1994, p. 49. Do original: “This starting-point has received a widespread and uncritical acceptance and has necessarily dictated the framework of any examination. We have all been held captive by a doctrine that stipulates that all international law is to be divided into ‘subjects’ – that is, those elements bearing, without the need for municipal intervention, rights and responsibilities; and ‘objects’ – that is, the rest. [...] I believe every step of this argument to be wrong.”

¹¹⁷ *Ibidem*. Do original: “We have erected an intellectual prison of our own choosing and then declared it to be an unalterable constraint”.

¹¹⁸ LAUTERPACTH, Hersch. *International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. p. 489. Trad. livre. Do original: “The orthodox positivist doctrine has been explicit in the affirmation that only states are subjects of international law”.

¹¹⁹ Os tratados de paz conhecidos como a Paz de Westphalia, assinados nas cidades de Münster e Osnabrück, deixaram marcas profundas no direito internacional. Entre suas diversas e fundamentais contribuições, estão o nascimento de um sistema internacional baseado em uma pluralidade de Estados independentes, sem qualquer

que deu origem ao modelo de direito internacional expresso pela visão segundo a qual esse seria um sistema de regras operando exclusivamente entre Estados soberanos. Basicamente até o século XX, os Estados eram considerados os únicos sujeitos do direito internacional, pela doutrina que trabalhava a partir dessa classificação. Eram as únicas entidades com personalidade jurídica internacional¹²⁰. Se o conceito de personalidade internacional era derivado do direito das nações (*Law of Nations*), então somente os Estados-nações seriam capazes de expressá-lo.

A própria noção de sujeito de direito, no entanto, é alvo de divergências nas doutrinas contemporâneas. Em primeiro lugar, tem-se a noção de ‘sujeito de direito’ na obra do jurista brasileiro Celso de Albuquerque Mello. Para este autor, é sujeito de direito “aquele que tem direito ou obrigações perante a ordem jurídica internacional”¹²¹. Assim, “a pessoa física ou jurídica a quem a ordem internacional atribui direitos e deveres é transformada em pessoa internacional, isto é, sujeito de DI [Direito Internacional]”¹²². Os conceitos de ‘pessoa internacional’ e de ‘sujeito de direito’ são tratados como sinônimos no vocabulário do autor. Deste modo, não interessa, para fins de saber se determinado ente é ou não um sujeito do direito internacional, se ele participa do processo de elaboração das normas desse direito ou se ele possui capacidade de agir no plano internacional a fim de efetivar seus direitos. Basta que a ordem jurídica lhe atribua direitos ou deveres, e ele passa a ser um sujeito ou uma pessoa internacional.

Jean Toussez, também, ao abordar a categoria dos ‘sujeitos de direito internacional’ em sua obra, expõe a definição segundo a qual “um sujeito de Direito, numa determinada ordem jurídica, é uma entidade que detém direitos e suporta obrigações nessa ordem jurídica”¹²³. Na sua ótica, tanto Estados como organizações inter-estaduais, pessoas singulares e coletivas são sujeitos do direito internacional, visto que todos possuem direitos e obrigações na ordem jurídica internacional. Muito embora não pertença à escola que considere o Estado como único sujeito do direito internacional, o autor francês não abandona a tradicional dicotomia sujeito-objeto da ordem jurídica.

autoridade que lhes fosse superior; e o início de um esquema de segurança coletiva, muito embora este tenha ficado somente no papel. A este respeito, ver: CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 24-25.

¹²⁰ OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. I. 4^a ed. Londres: Longmans, Green & Co., 1928. pp. 133-134.

¹²¹ MELLO, C. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. 12^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 330.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1993. p. 59.

Para Malcolm Shaw, assim como em Mello, o conceito de ‘sujeito de direito internacional’ está intrinsecamente relacionado com a ideia de ‘personalidade jurídica internacional’. No entanto, no entendimento deste autor, a mera participação no sistema jurídico internacional não garante a personalidade jurídica a determinada entidade. Não basta que ela tenha direitos ou deveres. Personalidade jurídica internacional, na visão do autor, “é participação *mais* alguma forma de aceitação por parte da comunidade”¹²⁴ (grifo nosso).

Para Julio Barberis, por sua vez, em uma obra que dedicou somente sobre o tema, após analisar algumas tentativas de conceituação, propôs que sujeito de direito internacional seria todo “aquele cuja conduta está prevista direta e efetivamente pelo direito das gentes como conteúdo de um direito ou de uma obrigação”¹²⁵.

Nesse âmbito, em contraposição às teorias que operam a partir do conceito de ‘sujeitos’ do direito internacional, Rosalyn Higgins propõe um novo modelo de análise. Segundo a autora, não é útil – nem intelectualmente e nem operacionalmente – basear-se na dicotomia sujeito-objeto que atravessa muitos dos escritos doutrinários¹²⁶. Nas suas palavras,

É mais útil, e mais próximo da realidade percebida, retornar à visão do direito internacional como um processo especial de *decision-making*. No interior desse processo (que é dinâmico e não estático) há uma variedade de participantes, efetuando demandas (*claims*) de modo transversal às fronteiras dos estados, com o propósito de maximizar diversos valores¹²⁷.

A proposta do marco teórico escolhido envolve enxergar o direito internacional através de uma perspectiva transversal, atentando aos fatos jurídicos – “fenômenos jurídicos” – que acontecem para além das fronteiras e relações entre os Estados. Antes de tudo, não procurar fazer uma distinção prévia entre sujeitos e objetos do sistema, mas buscar compreender a participação que cada entidade – seja estatal, não-estatal, coletiva, individual, etc. – exerce na ordem jurídica internacional. O direito internacional é um processo dinâmico de tomada de decisões, no interior do qual se movimentam participantes das mais variadas naturezas e origens. É principalmente por causa dessa dinâmica que nem sempre um modelo estático de análise consegue acompanhar as relações jurídicas que se desenvolvem no interior

¹²⁴ SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. Tradução livre. Do original: “International personality is participation plus some form of community acceptance”. p. 197.

¹²⁵ BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984. p. 26. Do original: “[...] se puede definir el sujeto de derecho internacional como aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”.

¹²⁶ HIGGINS, 1994, p. 50.

¹²⁷ 1994, p. 50. Do original: “It is more helpful, and closer to perceived reality, to return to the view of international law as a particular decision-making process (which is a dynamic and not a static one) there are a variety of participants, making claims across state lines, with the object of maximizing various values”.

do sistema. Por isso, no modelo de Higgins, não há “sujeitos” ou “objetos”, mas apenas *participantes*¹²⁸ do sistema jurídico internacional.

Participantes são todos aqueles que, de alguma forma, existem e atuam na esfera jurídica internacional. São aqueles aos quais o direito internacional – entendido como um fluxo de decisões investidas de autoridade – se aplica¹²⁹. Se um processo jurídico de *decision-making* gera consequências normativas a um indivíduo, então ele é um participante da ordem jurídica internacional. Se organizações não-governamentais participam do processo contínuo de decisões que ocorrem nesse sistema, elas, portanto, são participantes do direito internacional. Se este produz efeitos jurídicos a uma organização não-governamental ou se o resultado normativo desse processo é, de algum modo, influenciado e determinado por elas, então elas também são participantes desse sistema. Participantes do direito internacional são aqueles aos quais toca o direito internacional e aqueles que, de algum modo, atuam e influenciam a existência desse direito. São os atores desse processo jurídico e dinâmico de *decision-making*, que tornam concreta a existência do fenômeno jurídico no âmbito internacional e que são por ele afetados.

Uma das consequências mais imediatas de se tomar o direito internacional como processos de decisão formado por participantes é, também, pensar em um direito internacional erguido sobre fundamentos outros que não somente a vontade dos Estados. Por isso, a forma através da qual cada entidade participa da ordem jurídica internacional deve ser refletida nas próprias disposições jurídicas dessa ordem. Higgins questiona aqueles que defendem as “verdades imutáveis” de uma perspectiva de se enxergar o sistema que artificializa as relações e a forma como elas ocorrem na realidade. A afirmação de que o direito internacional opera apenas entre Estados, pergunta a autora, seria a *consequência* da inexistência ou ineficácia de mecanismos para a atuação de outros entes ou seria a própria *causa* dessa deficiência? A ex-juíza parece insinuar aqui que a própria doutrina internacionalista seria também, em alguma medida, responsável por dar continuidade à reprodução de um modelo de jusinternacionalista exclusivamente interestatal. Nas suas palavras,

Seria, a obrigação sob o direito internacional de não causar dano aos estrangeiros, um direito no plano internacional (*international law right*) *nas mãos do estrangeiro*? Há alguma verdade intrínseca inevitável na resposta ‘não, porque os deveres do direito internacional são devidos *entre estados* e não entre estados ou pessoas privadas’? Acaso essas palavras descrevem uma verdade imutável ou elas são apenas um recurso linguístico para o fato jurídico segundo o qual, tal como atualmente estruturado, o direito internacional não permite aos indivíduos

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 39.

demandarem diretamente no plano internacional acerca de questões jurídicas internacionais?¹³⁰

Já em 1978, na sua obra *Conceptual Thinking about the Individual in International Law*, Rosalyn havia expressado a mesma ideia, de que o direito internacional envolve mais do que as relações entre os Estados, de modo distinto e especialmente clarificador. Na ocasião, sua atenção centrou-se nos *interesses* de cada participante da ordem jurídica internacional, como critério para determinar sua forma de participação. Dificilmente se exporá melhor em outras palavras que não as suas:

Pelo modo como nosso mundo é organizado, os Estados é que são os mais interessados, por exemplo, no mar, ou nas fronteiras, or nos tratados; logo, são os Estados que realizam demandas e se defendem delas acerca desses assuntos. Os interesses dos indivíduos situam-se em outras direções: em proteção contra os excessos físicos dos outros, no seu tratamento pessoal no estrangeiro, na proteção da sua propriedade no estrangeiro, na justiça e previsibilidade de suas transações comerciais internacionais e em assegurar algum suporte externo para o estabelecimento de um equilíbrio tolerável entre seus direitos e deveres no interior dos seus estados nacionais. Logo, os tópicos de padrões mínimos de tratamento de estrangeiros, ou requerimentos quanto às condutas de hostilidades e direitos humanos, não são apenas simples exceções concedidas por uma oportunidade histórica dentro de um sistema de regras que opera entre Estados. Antes, são simplesmente parte e parcela do tecido do direito internacional, representando as demandas que são naturalmente feitas pelos participantes individuais (*individual participants*) em contraposição aos participantes estatais (*state-participants*).¹³¹

Sob essa ótica, o fato de que a reparação de um dano causado por um Estado estrangeiro a um nacional de um Estado tenha de ser reclamada judicialmente não pelo indivíduo que sofreu o dano, mas pelo Estado ao qual “pertence”, é destituído de sentido. Se o indivíduo é quem é o maior interessado em proteger sua integridade física (e não o Estado), ele deveria possuir os instrumentos necessários à efetivação e proteção desse direito, para não esperar que o Estado, um dia – entre inúmeros interesses políticos talvez até com o Estado que causou o dano –, esteja disposto a criar uma indisposição diplomática em nome da defesa

¹³⁰ HIGGINS, 1994, p. 53. Do original: “Is the obligation under international law not to mistreat aliens an international law right *in the hands of the alien*? Is there some inevitable inner truth in the answer ‘No, because international law duties are owed *between states* and not between states and private parties’? Do these words describe and immutable truth or are they just a linguistic shorthand for the legal fact that, as presently structured, international law does not permit individuals to sue directly on the international plane in respect of matters of international law?”

¹³¹ 1978, *British Journal of International Studies*. Do original: “In the way our world is organized, it is States which are mostly interested in, for example, sea space, or boundaries, or treaties; it is thus States which advance claims and counter-claims about these. Individuals’ interests lie in other directions: in protection from the physical excesses of others, in their personal treatment abroad, in the protection abroad of their property interests, in fairness and predictability in their international business transactions and in securing some external support for the establishment of a tolerable balance between their rights and duties within their national state. Thus, the topic of minimum standard of treatment of aliens, requirements as to the conducts of hostilities and human rights, are not simply exceptions conceded by historical chance within a system of rules that operates as between states. Rather, they are simply part and parcel of the fabric of international law, representing claims that are naturally made by individual participants in contradistinction to state-participants.”

do direito de um nacional. Para Higgins, assim como deve pertencer ao Estado o direito de fazer cumprir judicialmente as disposições relativas ao direito marítimo internacional, por exemplo, deve também estar nas mãos do indivíduo seu direito à proteção de sua pessoa no exterior, bem como os outros que dizem respeito somente ao seu interesse, e não aos do Estado.

Posto que Higgins não adote a dicotomia sujeitos-objetos, ela reconhece que as entidades têm níveis de participação diferentes dentro do direito internacional. Os Estados, na sua concepção, estão no coração da ordem jurídica internacional¹³². Ocupam seu espaço central e são, sem dúvida, seus principais participantes. Portanto, o sistema normativo do ambiente internacional, apesar de não se resumir a isso, é aplicado, primariamente, aos Estados. Na órbita desse centro, desse coração do sistema, encontram-se as organizações internacionais. Nem tanto ao meio, nem tanto às bordas. Estão definitivamente inseridas no interior das fronteiras jurídicas internacionais, muito embora não sejam seus principais participantes. Depois, ora do lado de dentro, ora do lado de fora da ordem jurídica internacional, situam-se os indivíduos. Pode-se dizer, com base na visão de Higgins, que os indivíduos são participantes dessa ordem¹³³, tais como as organizações internacionais, os Estados, etc. (ainda que a medida e a centralidade não sejam as mesmas).

Por fim, a participação das organizações não-governamentais no direito internacional será o objeto mesmo desse trabalho, motivo pelo qual sua análise será relegada aos pormenores dos capítulos seguintes e arrematada ao final da pesquisa. No entanto, desde já se pode dizer que, no modelo proposto por Higgins, as organizações não-governamentais, muito embora não ocupem papel central no sistema jurídico internacional, são, sem dúvida, participantes desse sistema.

Cumprido esclarecer que, na medida em que o trabalho que se seguirá a esse capítulo será fundado nas bases teóricas aqui expostas, *ça va sans dire* que o propósito dessa monografia não é levar a cabo uma discussão, na maioria das vezes infrutífera, acerca de uma análise conceitual relacionada à classificação das organizações não-governamentais como “sujeitos do direito internacional” ou não. Isso seria rejeitar completamente a visão proposta por Higgins, que considera esse tipo de análise como de pouca utilidade – tanto intelectual como operacionalmente – e busca analisar e compreender a participação de cada ente na ordem jurídica antes de classificá-la de plano (e às vezes, por ricochete, evadir-se de analisá-la). Afinal, “se o indivíduo [por exemplo, ou se uma organização não-governamental] é ou

¹³² HIGGINS, 1994, p. 39.

¹³³ 1994, p. 50.

não é um sujeito do direito internacional, isso é uma questão de conceitos, e dificilmente justifica a discussão metafísica que a questão tem engendrado”¹³⁴.

O que pretendemos, portanto, é investigar a influência das organizações não-governamentais na criação e no desenvolvimento do direito internacional através, especialmente, de sua participação nos processos de elaboração da Convenção Contra a Tortura e do Protocolo Opcional da Convenção Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no âmbito das Nações Unidas, sem a preocupação – a nosso ver, também de pouca serventia, ao menos para o que nos propomos – de classificá-las ou não como “sujeitos” desse direito.

Por fim, antes de partir para o próximo capítulo, julgamos prudente fazer algumas ressalvas quanto ao marco teórico até aqui exposto e trabalhado. O método de análise realizado por Higgins, como sói acontecer, certamente possui deficiências e limitações. A primeira delas é que a obra escolhida, conforme mencionado em outro momento, não se propõe a oferecer uma teoria sistematizada do direito. Elegê-la como marco teórico, portanto, envolve o risco de termos que preencher – por nossa própria empreitada –, através de deduções ou induções, as lacunas deixadas por uma análise que não é total – mas que também não pretende ser. Todavia, por vezes, causa menos prejuízo à pesquisa trabalhar com um modelo que, declaradamente, não intenta abarcar todas as questões jurídicas dentro de si do que operar com um outro que possua tal objetivo mas que, em derradeira análise, revele-se obtuso no propósito de alcançá-lo.

O livro escolhido, assim, é mais um conjunto de impressões e teorizações acerca da dinâmica de funcionamento do direito internacional do que uma análise lógico-teórica de seus pressupostos fundamentais. É mais fruto da experiência de quem atuou intensivamente no campo de trabalho do que de um ímpeto sistematizante e totalizador de uma teoria propriamente dita. Ainda assim, no entanto, Higgins ousa em enfrentar questões de difícil solução relacionadas ao direito internacional mesmo para as obras que se pretendem globais e sistemáticas. Em lugar de evadir-se das questões difíceis, propõe-se a encará-las abertamente, aparentemente sem receios quanto às repostas que sugere.

¹³⁴ BORCHARD, Edwin M. The Access of Individuals to International Courts. 24, *American Journal of International Law*, 359, p. 364 (1930). Do original: “Whether the individual is or is not a subject of international law is a matter of concepts, and hardly justifies the metaphysical discussion the question has engendered”.

2. Itinerário histórico e considerações da doutrina jusinternacionalista acerca das ONGs

O propósito deste segundo capítulo é traçar os principais elementos que delineiam o conceito contemporâneo de organizações não-governamentais e sua posição na doutrina jurídica internacionalista. Pretende-se partir de uma análise histórica do fenômeno, abarcando o período do início do século XX até os dias atuais. Considera-se que o estudo da história é importante para que não se incorra no erro de tomar como inéditas práticas que já se desenvolveram ao longo de muitos anos. Para isso, tomar-se-ão como referência os principais marcos históricos internacionais do período, entre cujos espaços temporais serão abordados os aspectos relevantes pertinentes ao objeto do trabalho, procurando sempre historicizar o fenômeno do surgimento e da proliferação das organizações não governamentais na sociedade internacional e respectivas considerações jurídicas que, em cada época, teceram-se a respeito de tais organizações.

2.1. Do início do século XX até a Segunda Guerra Mundial

Para iniciar essa etapa do trabalho, é oportuno valer-se da frase de Charnovitz, segundo a qual “tudo sobre organizações não-governamentais é contestado, incluindo o significado do termo”¹³⁵. E se tudo o que se diz acerca das ONGs tende a ser controvertido, a origem histórica do termo não escapa a essa máxima. Há autores¹³⁶ que sugerem que o termo tenha sido cunhado pela própria ONU, na ocasião em que foi fundada, tendo sido aprovada sua Carta Constitutiva. Na visão destes, o termo viria, portanto, do pós-guerra, estampado no artigo 71 da Carta da ONU, segundo o qual as *organizações não governamentais (nongovernmental organizations)* poderiam ser acreditadas junto àquela Organização para receber *status* consultivo. Em virtude desse fato, o termo, inicialmente, teria sido utilizado de forma majoritária como referência apenas àquelas instituições que estabelecessem relações com a ONU com base no artigo 71.

¹³⁵ CHARNOVITZ, Steve. Nongovernmental organizations and International Law. *The American Journal of International Law*, Vol. 100, N. 2, (Abril, 2006), p. 351. Do original: “Everything about nongovernmental organizations is contested, including the meaning of the term”.

¹³⁶ A esse respeito, ver: MARTENS, Kerstin. *NGOs and the United Nations: Institutionalization, Professionalization and Adaptation*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2005. p. 271; KRUT, Riva. *Globalization and Civil Society: NGO Influence in International Decision-Making*. Organização das Nações Unidas. Discussion Paper n. 83, 1997; RABKIN, Jeremy. *Nongovernmental organizations: The Growing Power of and Unelected Few*. Conferência proferida em evento do American Enterprise Institute, junho de 2003.

Charnovitz¹³⁷, por sua vez, contesta essa interpretação histórica e faz remissão a Dwight W. Morrow, em cuja obra, datada do primeiro pós-guerra em 1919, seria possível observar o contraste estabelecido pelo autor entre as organizações compostas por Estados soberanos e as “organizações não governamentais”¹³⁸. Já em 1920, também, a autora Sophy Sanger teria utilizado o termo para fazer referência a como tais organizações não tiveram a possibilidade de participar em 1906 das primeiras negociações multilaterais voltadas à conclusão de tratados em matérias trabalhistas¹³⁹.

De todo modo, a maioria dos manuais de direito internacional da época consultados nessa pesquisa, que datam do final do século XIX até a segunda década do século XX, não faz uso do termo “organizações não governamentais” e também não faz menção a uma eventual relação do direito internacional com organizações cuja natureza remeta ao que hoje entendemos por organizações não governamentais¹⁴⁰. Os livros dessa época, em geral, concentram-se nas relações interestatais e nos aspectos jurídicos que delas derivam. Fora desse âmbito, limitam-se a mencionar exceções como a Santa Sé, a explorar a condição do indivíduo no direito internacional e a comentar sobre instituições intergovernamentais, tais como a Liga das Nações.

Menos custoso do que encontrar o termo ONG em suas exatas palavras é enxergar referências doutrinárias gerais a organizações de caráter não-estatal, privado, bem como a suas respectivas implicações no direito internacional. Na obra de Alexandre Mérignhac¹⁴¹, de 1905, fazem-se referências a personalidades internacionais que não os Estados e nem organizações necessariamente intergovernamentais, sendo citadas como exemplos a Ordem Teutônica (criada em 1128), a Ordem dos Cavaleiros de Malta (fundada no século XI em Jerusalém), a Liga Hanseática e a Deutscher Zollverein, ambas do século XIX. A esses “organismos”, tais como designados pelo autor, faltaria a característica da soberania, pelo que não poderiam ser chamados de Estados. Entretanto, segundo o jurista, “todos esses

¹³⁷ CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 351.

¹³⁸ MORROW, D.W. *The Society of Free States*, 1919. p. 81.

¹³⁹ SANGER, Sophy. *Practical Problems of International Labour Legislation*. In: *Labour as an International Problem*. Ed. John Solano, 1920. *apud* CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 351.

¹⁴⁰ A título ilustrativo, não se encontram menções claras a esse tipo de organização, com exceção das menções ao Papado e à Igreja Católica, nas seguintes obras: CALVO, Carlos. *Manuel de droit international public et privé conforme au programme des Facultés de droit*. Paris: A. Rousseau, 1881; PIÉDELIÈVRE, Robert. *Précis de droit international public ou droit des gens*. Paris: F. Bichon, 1894; BRY, Georges. *Précis élémentaire de droit international public: mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain*. 3^a ed., rev. e corrig. Paris: L. Larose, 1896; BONFILS, Henry. *Manuel de droit international public (Droit des Gens)*. 7^a ed. Paris: Paul Fauchille, 1914; FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de droit international public*, 1926; ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Cedam, 1964 (primeira edição: 1928);

¹⁴¹ MÉRIGNHAC, Alexandre. *Traité de droit public international. Prolégomènes et théories générales*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905.

organismos incontestavelmente constituíram personalidades do direito internacional, personalidades que exerceram um papel na comunidade internacional que não pode ser ignorado e que frequentemente foi considerável para algumas dentre elas”¹⁴².

Anos depois, na doutrina de Georges Scelle, por exemplo, escrita em 1932, é possível ver uma página dedicada ao que o autor designa por “sociedades extra-estatais”¹⁴³.

Conforme seus escritos,

Trata-se aqui de sociedades internacionais, sempre compostas de cidadãos de diferentes Estados, mas que nós qualificamos de extra-estatais, porque para a realização dos fins que lhe são próprios, elas não recorrem à atividade dos governantes e agentes estatais. [...] De fato, a solidariedade que lhes serve de base lhes é *especial* e *exclusiva*. Ela tende a superar as restrições estatais, a rejeitar a intervenção dos governantes e agentes nacionais. Sua característica é a de conferir a si mesmo instituições autônomas, governantes e agentes *próprios*.¹⁴⁴

São abordadas na obra, desse modo, as organizações que funcionam de modo alheio aos Estados, não recorrendo às prerrogativas deste para o exercício de suas funções. Fundam-se tais sociedades sobre uma solidariedade específica. Para Scelle, esse tipo de sociedade repousaria geralmente não em um tipo de solidariedade política, mas de ordem moral, cultural ou profissional, especializando-se na gerência de um interesse coletivo determinado – o que remete bastante ao conceito que se tem das ONGs nos dias atuais. Os exemplos oferecidos pelo autor remetem à Igreja Católica – seguindo na esteira dos demais –, ou, ainda, à *Internationale Ouvrière*, organização internacional do movimento socialista, fundada pelos partidos socialistas reunidos no *Congrès de Paris*, à iniciativa de Friedrich Engels, em 1889. As competências necessárias às suas atribuições lhes seriam conferidas pelo próprio direito internacional:

[...] se essa constitui uma nova fórmula de repartição dos membros da coletividade humana, ela continua a ser um *elemento da sociedade internacional global* e aparece, como os demais, ao Direito das gentes. É esse [Direito] que confere aos governos e agentes das sociedades extra-estatais suas competências e não se pode [...] falar aqui de soberania senão nos tipos de sociedades internacionais precedentes [as supraestatais]¹⁴⁵

¹⁴² MÉRIGNHAC, 1905, *op. cit.* pp. 158-159. Do original: “Tous ces organismes ont incontestablement constitué des personnalités du droit international, personnalités ayant joué dans la communauté internationale un rôle qui ne saurait être méconnu et qui souvent a été considérable pour certaines d’entre elles”.

¹⁴³ SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932. p. 58. Do original: “Sociétés extra-étatiques”.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Do original: “Il s’agit cette fois de sociétés internationales, toujours composées de ressortissants d’États différents, mais que l’on qualifie d’extra-étatiques, parce que pour *la réalisation des fins qui leur sont propres*, elles ne recourent point à l’activité des gouvernants et agents étatiques. [...] En effet, la solidarité qui leur sert de base leur est *spéciale* et *exclusive*. Elle tend à s’affranchir des contraintes étatiques, à rejeter l’intervention des gouvernants et agents nationaux. Sa caractéristique est de se donner à elle-même des institutions autonomes, des gouvernants e des agents *propres*.”

¹⁴⁵ SCELLE, 1932, *op. cit.*, p. 58. Do original: “[...] s’il constitue une nouvelle formule de répartition des membres de la collectivité humaine, il n’en demeure pas moins un *élément de la société internationale globale* et ressortit comme les autres au Droit des gens. C’est celui-ci qui confère aux gouvernements et agents des sociétés

Já na década de 1930, portanto, apesar de serem consideradas por Scelle como raras, tais sociedades já eram reconhecidas pelo autor como elementos da sociedade internacional global e, por isso mesmo, ligadas ao direito internacional, dentro de cujos limites estariam definidas suas competências. Scelle, percebendo que a atividade ligada ao interesse coletivo por parte dessas instituições por vezes tendia a desapossar o Estado de suas atribuições, comparou-as a *serviços públicos* emancipados da tutela do Estado, “porque é conforme à solidariedade humana e ao progresso, bem como à natureza de interesses não raro particularmente elevados que geram esses organismos, que elas são *liberadas* do jugo político que fariam pesar sobre elas os governos”¹⁴⁶. O termo “organizações não governamentais”, todavia, ainda não parecia cunhado.

Não obstante, o certo é que as ONGs são “antigas formas de associação que o mundo moderno herdou e transformou de uma maneira que reflete mudanças cruciais na natureza das relações internacionais”¹⁴⁷. Nessa perspectiva, não consideramos de elevada importância para este trabalho a questão relacionada à busca pela origem histórica exata do termo, visto que, ainda que não haja consenso quanto a se o termo foi ou não foi utilizado antes do segundo pós-guerra, os autores, em geral, concordam que a expressão somente começaria a adquirir relevância na doutrina jurídica internacionalista a partir da década de 1940¹⁴⁸.

Por mais que se queira tratar aqui genericamente da história das ONGs, duas organizações dessa natureza merecem ser mencionadas em especial, uma vez que caracterizam-se por traços deveras específicos na comunidade internacional. Em um manual de direito internacional escrito por Santi Romano, no último ano da década de 1930, muito embora não se encontre referência abrangente como a de Scelle, encontra-se uma menção específica a uma organização não estatal, a Ordem Soberana de Malta. O autor a classifica como um sujeito *sui generis* do direito internacional. Na sua visão, porém, a personalidade desta organização seria “um resíduo de sua antiga soberania territorial” e teria por título “a

extra-étatiques leus compétences et l'on ne peut pas plus parler ici de souveraineté que dans les types de sociétés internationales précédents.”

¹⁴⁶ *Ibidem*. Do original: “[...] parce qu’il est conforme à la solidarité humaine et au progrès, aindi qu’à la nature des intérêts souvent particulièrement élevés que gèrent ces organismes, qu’ils soient *libérés* du joug politique que feraient peser sur eux les gouvernements”.

¹⁴⁷ SURI, Jeremi. *Non-governmental organizations and non-state actors*. In: FINNEY, Patrick. *Palgrave Advances in International History*. Palgrave Advances, 2004. p. 228.

¹⁴⁸ Utilizando esse termo, veja, por exemplo: LASSWELL, H.D. et McDOUGAL, Myres S. *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*. YALE L.J. vol. 203, pp. 221-22, 1943.

independência, que se conserva até hoje, de sua organização interna”¹⁴⁹. Era por causa de suas características deveras únicas que à Ordem de Malta seria reconhecido tal status sob a ordem jurídica internacional, e não como qualquer sinal de extensão desse mesmo status às outras organizações não estatais (as quais não possuem espaço nos escritos de Santi Romano).

A Ordem de Malta – ou Ordem Militar Soberana de São João de Jerusalém, de Rhodes e de Malta – já tinha quase mil anos de existência no início do século XX, visto que sua fundação remetia às Cruzadas do século XI. De origem revestida de significado religioso, a Ordem consistia em uma associação médica e militar, inspirada na atitude de um monge – um certo Irmão Gerard – que, tendo feito votos de pobreza, castidade e obediência, devotou grande parte de sua vida ao auxílio aos cavaleiros feridos e doentes que chegavam em Jerusalém, vindo do continente europeu em virtude das Cruzadas¹⁵⁰. Somente depois de um tempo é que a associação assumiria funções militares, o que também aconteceria por motivos religiosos, a fim de defender o Santo Sepulcro até a última gota de sangue e lutar contra o infiel, não importando quem fosse¹⁵¹.

Depois de governar e construir grandes hospitais primeiro em Rhodes e, posteriormente, na ilha de Malta, em 1834 a Ordem estabeleceu sua sede em Roma, na condição de uma organização com fins humanitários¹⁵². Desde o século XVI até o XVIII, no entanto, quando ainda detinha o controle da ilha de Malta, a Ordem já mantinha relações diplomáticas com a maioria dos países europeus¹⁵³, o que fez com que, mais tarde, em 1935, a Corte de Cassação italiana reconhecesse sua personalidade jurídica internacional¹⁵⁴. Tal reconhecimento, contudo, como já adiantado na obra de Santi Romano, não se deveu senão às suas particularidades tocantes ao controle territorial que exerceu durante séculos¹⁵⁵, o que lhe

¹⁴⁹ SANTI ROMANO. *Corso di Diritto Internazionale*. 4ª ed. rev. Padova: Dott. Antonio Milani, 1939. pp. 69-70. Do original: “La sua personalità è un residuo della sua antica sovranità territoriale e ha per titolo la indipendenza, che si conserva anche ora, della sua organizzazione interna”.

¹⁵⁰ Cf. <<http://dioceseofvenice.org/organizations/the-order-of-malta/history-of-the-order/>>. Acesso em 2/6/2014.

¹⁵¹ COX, Noel. *The Acquisition of Sovereignty by Quasi-States: The case of the Order of Malta*. Mountbatten Journal of Legal Studies. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=420024> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.420024>. 2003. p. 33.

¹⁵² SHAW, 2008, *op. cit.*, p. 243.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Caso *Nanni v. Pace and the Sovereign Order of Malta*.

¹⁵⁵ Nesse sentido, também: CARBONE, Sergio M. *I Soggetti e gli Attori nella Comunità Internazionale*. In: CARBONE *et alii*. *Instituzioni di Diritto Internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003. p. 19. “L’insieme dei privilegi conseguenti all’attribuzione della personalità giuridica degli Stati sono estesi, se pur con gli adattamenti e con le limitazioni del caso, ad altri enti ed organizzazioni collettive sulla scorta della loro rilevanza, delle funzioni effettivamente esercitate e del ruolo loro riconosciuto nella storia delle relazioni internazionali”.

conferiu soberania, e à independência de sua organização interna, a qual supostamente se mantém até os dias atuais.

Tão significativo quanto o caso particular da Ordem de Malta, tem-se o exemplo da Cruz Vermelha Internacional¹⁵⁶. Essa organização, a seu turno, surgiu pela primeira vez na Suíça, na segunda metade do século XIX, mais especificamente no ano de 1863. Seus dois principais objetivos consistiam, primeiro, em prestar uma “[...] grande variedade de serviços hospitalares, recreativos e de bem-estar em tempos de guerra e em tempos de paz aos membros das forças armadas e suas famílias” e, depois, em prestar “serviços de socorro e reabilitação em tempos de paz a vítimas [...] de grandes desastres, tais como terremotos, inundações e secas”¹⁵⁷.

Para que aos soldados feridos nas guerras fosse garantido cuidado e tratamento médico adequado, seria celebrada a Convenção para o Melhoramento das Condições dos Feridos em Exércitos no Campo de Batalha, em Genebra, 1864¹⁵⁸. Os dispositivos do instrumento dispunham sobre a (1) proteção e respeito por parte dos beligerantes às ambulâncias, aos hospitais militares e ao seu respectivo pessoal, reconhecendo-as como neutras; (2) proteção aos combatentes doentes e feridos; (3) e a adoção de um uniforme distintivo para hospitais, ambulâncias, etc., acompanhado sempre da bandeira nacional, que deveriam conter uma cruz vermelha sobre um fundo branco (o que representa exatamente o inverso de cores da bandeira da Suíça, como uma homenagem ao país em que a organização fora fundada); entre outras. A Convenção original acabou sendo substituída por outras, que ampliaram seus propósitos com o decorrer dos anos, mas o objetivo central da organização se manteve basicamente o mesmo. A última Convenção a dispor sobre o funcionamento da Cruz Vermelha data de 1949 e também foi celebrada em Genebra¹⁵⁹.

A junção das Sociedades Nacionais (organizações nacionais da Cruz Vermelha acreditadas junto aos Estados), da Liga das Sociedades da Cruz Vermelha (federação internacional daquelas sociedades) e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (corporação de membros estabelecida sob o ordenamento jurídico suíço) é que forma a Cruz Vermelha Internacional, cujo principal órgão deliberativo é a Conferência Internacional. No entanto, o

¹⁵⁶ BARBIERI, 1984, *op. cit.*, p. 157. “[...] el Comité internacional [da Cruz Vermelha] es destinatario de derechos y obligaciones en el ámbito de derecho de gentes, o sea, que es un sujeto de derecho internacional”.

¹⁵⁷ STURGES, W. The legal status of the Red Cross. *Michigan Law Review*, 1, vol. 56 (1957). pp. 1-2. Do original: “[...] a large variety of hospital, recreation and peace-time charity in time of war and in time of peace to members of the armed forces and their families” e “peacetime relief and rehabilitation services to victims [...] of majors disasters, such as earthquakes, floods and droughts.”

¹⁵⁸ Disponível em: <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/120?OpenDocument>.

¹⁵⁹ Mais sobre os acordos e tratados envolvendo a Cruz Vermelha Internacional: BARBIERI, 1984, *op. cit.*, pp. 150-157.

organismo que, em verdade, possui personalidade jurídica internacional, segundo Celso Albuquerque Mello, é o Comitê Internacional¹⁶⁰ da Cruz Vermelha, visto que possui direitos e obrigações sob a ordem jurídica internacional, bem como a prerrogativa especial de, por exemplo, celebrar acordos com os Estados para os quais envia delegações. Essas duas organizações não governamentais, porém, – a Ordem Soberana de Malta e a Cruz Vermelha Internacional – são, como já se disse, de caráter *sui generis* no ordenamento jurídico internacional, devido à singularidade de sua história e à particularidade de suas características inerentes.

Além desses dois casos específicos, todavia, já podia ser constatada na comunidade internacional a presença de organizações privadas não lucrativas com foco internacional a partir da segunda metade do século XIX. E não se trata de pouca quantidade. De acordo com Boli e Thomas, em um artigo publicado na *American Sociological Review* em 1997¹⁶¹, desde 1850, inúmeras organizações desse tipo já atuavam de certo modo no cenário internacional – não obstante fossem dotadas de uma relevância política verdadeiramente rasa ou, de todo, nula, quando em comparação com as analisadas anteriormente. Entre elas, estariam as seguintes: Associação PanAmericana de Oftalmologia, Comissão para o Mapa Geológico do Mundo, Departamento Internacional Católico para a Infância (BICE), Conselho Tin Internacional (ITC), Federação Internacional de Cabo-de-Guerra (TWIF); e também as mais conhecidas: Federação Escotista (*Scout Movement*), Comitê Olímpico Internacional, WWF (*World Wildlife Fund*)¹⁶², entre outras.

A pesquisa supracitada é referente a uma análise de 5.893 organizações fundadas entre 1875 e 1988, que consistiam a totalidade da população de entidades genuinamente internacionais como tais consideradas pela União das Associações Internacionais (sigla em inglês: UIA)¹⁶³. Essas organizações analisadas por Boli e Thomas variavam, no seu conjunto de membros internacionais, “de algumas dúzias de membros de apenas três países até milhões de membros de quase duzentos países”¹⁶⁴. Isso é o que as tornava já, em essência, internacionais – e não algum reconhecimento jurídico que lhes conferissem um *status* internacional específico. Das últimas décadas do século XIX até a primeira década do século XX, o número de organizações de natureza não-governamental criadas por ano subiu de

¹⁶⁰ MELLO, C., 2002, *op. cit.*, p. 540.

¹⁶¹ BOLI, John et Thomas, George M. World Culture in the World Polity: A Century of International Non-Governmental Organization. *American Sociological Review*, vol. 62, n.2, abril de 1997. pp. 171-190.

¹⁶² *Ibidem*, p. 174.

¹⁶³ Ver: *Yearbook of International Organizations* (UIA 1985, 1988).

¹⁶⁴ BOLI et al, *op. cit.*, p. 174.

pouco mais de dez para cinquenta em 1915 (apenas dentre as analisadas no artigo)¹⁶⁵. Essa primeira geração de ONGs, que marca os anos de 1880 até 1914, constituiu o que Suri chama de primeira *golden age*¹⁶⁶ das ONGs. No início da Primeira Guerra, já eram mais de trezentas ONGs (no quadro geral) operando no âmbito internacional. A guerra, contudo, trouxe um grande revés ao ritmo em que tais organizações vinham crescendo, tornando-se um período pouco relevante no seu desenvolvimento.

Com o fim do combate, os anos que contam do final da Primeira Guerra Mundial até 1939 foram designados como a segunda *golden age* das organizações não governamentais. Seu número oficial teria crescido, durante essa época, de 330 para aproximadamente 730¹⁶⁷. De fato, nesse período, essas organizações acabaram sendo frequentemente “utilizadas” pelos Estados como instrumento de sua política externa, como contraposição aos meios utilizados até a eclosão da primeira grande guerra. Conforme a análise de Suri,

Enquanto a primeira *golden age* de ONGs e atores não estatais testemunhou o desenvolvimento dualístico do internacionalismo e do nacionalismo, a segunda *golden age* viu a frequente e auto-consciente manipulação das ONGs e do atores não estatais pelos líderes estatais. Essas organizações eram agora mais pervasivas do que nunca. Se a Primeira Guerra Mundial desacreditou muito dos tradicionais métodos através dos quais os estados forçosamente perseguiam seus interesses, ONGs e atores não estatais ofereceram um meio mais aceitável de praticar a *realpolitik*.¹⁶⁸

Durante esses anos, por força da posição que gozaram na política dos estados, as ONGs acabaram também ficando mais suscetíveis ao controle estatal indireto no seu funcionamento e organização. Quanto maior a relevância que passaram a ter na comunidade internacional, maior foi o interesse dos Estados em mantê-las sob suas rédeas, mesmo que indiretamente. Essas organizações não tiveram espaço na Liga das Nações e, até a Segunda Guerra Mundial, costumavam ser chamadas de organizações não estatais, não-oficiais, não-públicas, voluntárias ou privadas¹⁶⁹.

Na doutrina internacionalista da antecâmara do início da Segunda Guerra Mundial, em 1939, T. Ruysen escrevia acerca de um direito internacional cujas fontes seriam tanto o

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 175.

¹⁶⁶ “Anos de ouro”. SURI, J., 2004, *op. cit.*, p. 231.

¹⁶⁷ SURI, 2004, *op. cit.*, p. 236.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 237. Do original: “As the first golden age of NGOs and NSAs witnessed the dualistic development of internationalism and nationalism, the second golden age saw the frequent and self-conscious manipulation of NGOs and NSAs by state leaders. These organizations were now more pervasive than ever before. If the First World War discredited many of the traditional methods through which states forcefully pursued their interests, NGOs and NSAs offered a more acceptable means for practising *realpolitik*.”

¹⁶⁹ CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 351. Do original: “were called unofficial, nonpublic, voluntary, or private organizations”.

indivíduo como o Estado, sendo esta última fonte a mais aparente¹⁷⁰. Mas ainda que o direito internacional se revelasse, antes de tudo, um direito interestatal, a matéria estaria longe de se resumir a essa característica. Por mais que o Estado tivesse um poder relevante, sua soberania cultural e econômica jamais seria absoluta, visto que, ainda que proibisse ou restringisse a vida de seus nacionais em muitas áreas, não poderia de todo suprimi-las e nem impedir que relações interindividuais fossem estabelecidas até mesmo fora de seu alcance. Uma prova desse crescimento do direito internacional para além do Estado, segundo o autor, teria sido o aumento expressivo no número de “organizações internacionais privadas” entre a década de 1920 (pós-primeira guerra) e o ano em que ele escrevia. Essa prova estaria baseada em dados estatísticos:

Nós podemos julgar [esse crescimento das organizações internacionais privadas] pela estatística dos *Congrès internationaux* convocados periodicamente por essas organizações. Nós não contávamos senão 9 de 1840 a 1849, 30 de 1850 a 1859, 1.070 de 1900 a 1909, sendo, durante essa última década, uma média de 107 por ano. Esse movimento ascendente foi brutalmente interrompido pela guerra mundial, mas retomou um ritmo acelerado, visto que, já em 1923, contávamos 148 *congrès internationaux*, 395 em 1926, 239 em 1934 e 151 em 1938. O último repertório de organizações internacionais publicado pela Sociedade das Nações enumera mais de 600 associações internacionais privadas repartidas sob as rubricas mais diversas¹⁷¹.

Com base nessa significativa atuação das organizações internacionais privadas na sociedade internacional, esse autor não subscreveu a tese de outros juristas internacionalistas da época, que não reconheciam outra sociedade senão a interestatal, visto que esta estaria longe de representar toda atividade organizada presente nessa esfera¹⁷².

Não é difícil perceber, no entanto, que, nos dados trazidos por Ruysen, em sua obra supracitada, ao final da década de 1930 o número de Congressos Internacionais organizados por essas organizações já começava a enfrentar significativa decadência, talvez como sinal da instabilidade que seria causada na sociedade internacional pelo segundo grande conflito que estava se desenhando e, àquela altura, já se apresentava iminente.

Outro fator que foi determinante no enfraquecimento das ONGs nesses anos foi a Grande Depressão econômica. Primeiro porque, como tantas outras instituições, as ONGs

¹⁷⁰ RUYSEN, T. *Les Caractères Sociologiques de la Communauté Humaine*. Recueil des Cours, Tomo 67, vol. 1, 1939. pp. 134-136.

¹⁷¹ *Ibidem*. Do original: “On en peut juger par la statistique des Congrès internationaux convoqués périodiquement par ces organisations. On n’en comptait que 9 de 1840 à 1849, 30 de 1850 à 1859, 1.070 de 1900 à 1909, soit, pendant cette dernière décade, une moyenne de 107 par an. Ce mouvement ascendant a été brutalement interrompu par la guerre mondiale, mais il a repris à un rythme accéléré, puisque, en 1923 déjà, on comptait 148 congrès internationaux, 395 en 1926, 239 en 1934 et 151 en 1938. Le dernier répertoire des organisations internationales publié par la Société des Nations énumère plus de 600 associations internationales privées réparties sous les rubriques les plus diverses.”

¹⁷² RUYSEN, 1939, *op. cit.*, p. 137.

enfrentaram uma escassez de recursos no período; segundo porque, ao mesmo tempo, Estados arruinados financeiramente voltaram-se para essas organizações ao verem nelas um meio de atingir importantes objetivos políticos e sociais de sua alçada, sem precisar sugar recursos do próprio Estado; e, por último, porque uma das inúmeras consequências da Depressão foi ter afastado muitos cidadãos dos ideais internacionais (ou internacionalistas), caracterizando-se esse tempo por um período no qual as preocupações nacionais (ou, talvez, nacionalistas) e locais dominaram o pensamento político das populações, em geral¹⁷³.

Com a Segunda Guerra Mundial e, depois, à medida em que os contornos da Guerra ficavam mais claros, as ONGs seriam profundamente afetadas, principalmente pela intolerância da opinião pública e pela revolta que se configurava contra o dito “cosmopolitarianismo”, o que contribuiu para o que pode ser designado como uma guinada em marcha ré no crescimento que tais organizações vinham experimentando. Era o fim da segunda *golden age* das ONGs.

2.2. Do pós-guerra ao fim da bipolarização

A Segunda Guerra, tal como a primeira, foi um período em que a expansão das ONGs ficou estagnada. Porém, logo após o final da Segunda Guerra Mundial, começavam os arranjos entre os Estados para a criação de uma instituição intergovernamental com o objetivo de garantir a paz e a segurança internacionais. Depois da Declaração das Nações Unidas, assinada em 1942, e do encontro entre as grandes potências em Dumbarton Oaks, em 1944, foi menos de um ano depois que 50 Estados assinaram a Carta das Nações Unidas, em São Francisco, “criando o maior e mais proeminente corpo para cooperação global intergovernamental na história da humanidade”¹⁷⁴. Foi nessa Carta, assinada em 1945, que as organizações não governamentais ganharam um reconhecimento sem precedentes. Além dos 50 Estados presentes no encontro da assinatura do documento, havia também cerca de 250 ONGs marcando presença no local. Segundo o relato histórico,

Esses grupos não governamentais estabeleceram um relacionamento de trabalho próximo com as delegações nacionais, particularmente os representantes dos Estados Unidos, e eles convenceram os signatários da Carta da ONU a dar a eles um papel oficial no novo corpo internacional¹⁷⁵.

¹⁷³ Cf. SURI, 2004, *op. cit.*, p. 238.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Do original: “Creating the largest and most prominent body for global inter-governmental cooperation in human history”.

¹⁷⁵ SURI, 2004, *op. cit.*, p. 238. Do original: “These non-governmental groups established a close working relationship with the national delegations, particularly the US representatives, and they convinced the signatories of the UN Charter to give them and official role in the new international body”.

Consagrou-se, assim, no artigo 71 da Carta da Organização das Nações Unidas a autoridade do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) – um dos principais órgãos da Organização recém criada – para tomar providências úteis a fim de consultar as “organizações não governamentais” que se ocupassem de questões relevantes, adstritas à competência do Conselho¹⁷⁶. Segundo alguns autores, isso aconteceu porque era a única alternativa política possível no momento, visto que tais organizações tinham experimentado um crescimento inegável e ampliado irreversivelmente sua influência nas políticas intergovernamentais. As ONGs teriam exercido pressão política na formulação desse artigo da Carta¹⁷⁷. Assim como em 1919 as sociedades da Cruz Vermelha haviam procurado, ainda que sem sucesso, obter uma base jurídica para atuar na Liga das Nações, um espectro de ONGs (“*a rainbow of NGOs*”) buscaram amparo formal na Carta das Nações unidas em 1945¹⁷⁸, objetivo que se concretizou na redação final do artigo 71 do documento. Nesse contexto, para os Estados e principalmente para os Estados Unidos, o único modo de a nova Organização possuir legitimidade seria concedendo um certo espaço – uma certa voz – às ONGs no exercício de sua missão¹⁷⁹.

Muito embora a frequência de consultas realizadas entre as organizações internacionais então chamadas de “privadas” ou “não-estatais” e a Liga das Nações tivesse diminuído no período imediatamente anterior a 1945, pelas razões já abordadas no último tópico, o artigo 71 não veio senão para formalizar uma prática que já vinha sendo relativamente desenvolvida naquela Organização de caráter universal que precedeu a ONU. Para Russel, a consulta a ONGs interessadas, relacionadas a temas tais como atividades sociais e econômicas, já era uma “prática normal”¹⁸⁰ no seio da Liga das Nações, não obstante carecesse de amparo jurídico formal. É por isso que Charnovitz caracterizou a essência do artigo 71 da nova Carta mais como “incremental” do que “transformacional”¹⁸¹, visto que o dispositivo legal acabou sendo mais consequência do que causa de um determinado estado de coisas.

¹⁷⁶ Carta das Nações Unidas, 1945, art. 71.

¹⁷⁷ LEWIS, David. *Nongovernmental Organisations, Definition and History*. London School of Economics and Political Science, 2009. p. 4.

¹⁷⁸ CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 358.

¹⁷⁹ SNIDER, Christy Jo. *The Influence of Transnational Peace Groups on US Foreign Policy Decision-Makers during the 1930s: Incorporating NGOs into the UN*. *Diplomatic History*, 27 (3), 2003. pp. 377-404; SURI, 2004, *op. cit.*, p. 239.

¹⁸⁰ Cf. RUSSEL, Ruth B. *A History of The United Nations Charter*, 1958.

¹⁸¹ CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 358.

Já em 1950, depois de dispor provisoriamente sobre a participação das ONGs em suas atividades, o ECOSOC emitiu a Resolução n. 288(X)/1950¹⁸², regulamentando o assunto. A Resolução, em seu preâmbulo, reconhecia as providências relacionadas às consultas às ONGs como um importante meio de assegurar a plena salvaguarda do interesse dos povos das Nações Unidas nas suas políticas e operações, e considerava conveniente que tais consultas fossem desenvolvidas da maneira mais ampla possível. O documento procurou estabelecer princípios relacionados aos requerimentos que as organizações deveriam atender para poderem participar das consultas (arts. 1º a 11); estabelecer princípios que regessem as consultas em si, deixando clara a distinção entre “participação sem direito a voto” e “arranjos para consultas” (art. 12); estabelecer os formatos da participação das ONGs nas atividades do Conselho; estabelecer um Comitê do Conselho encarregado das ONGs; dispor acerca de consultas com o Secretariado e regras de participação, entre outros. Essa Resolução seria substituída por duas outras nas décadas seguintes.

Com a positivação do termo “organização não governamental” na Carta da ONU, o termo começou a ser objeto de especulação e de tentativas de definição ao longo dos anos seguintes – como até os dias atuais continua sendo. Isso aconteceu porque a Carta, embora tivesse trazido o nome, não trouxe o conceito do termo, deixando-o em aberto. Uma dessas tentativas foi levada a cabo por uma resolução¹⁸³ adotada pelo Instituto de Direito Internacional (sigla em inglês: IIL) em 1951, segundo a qual as ONGs poderiam ser definidas como sendo “grupos de pessoas ou de sociedades, livremente criadas por iniciativa privada, que detêm um interesse em questões que cruzam ou transcendem fronteiras nacionais e não buscam lucros”. Esses elementos de iniciativa privada, questões transfronteiriças e não-lucratividade seriam os pilares fundamentais que continuariam, durante as próximas décadas, a marcar o sentido usualmente conferido ao termo “ONG” pela prática e doutrina jurídica internacionais.

De aproximadamente 10 organizações não governamentais fundadas por ano já durante a Segunda Guerra Mundial, o número saltou para mais de cem fundações ao ano a partir de 1950¹⁸⁴. Com base no novo *status* formal adquirido perante a ONU, o número de ONGs entre o final da Segunda Guerra Mundial e a década de 1980 cresceu expressivamente,

¹⁸² Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/753/48/IMG/NR075348.pdf?OpenElement>. Acesso em maio de 2014.

¹⁸³ Resolução adotada na 49ª sessão do Instituto, reproduzida na UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS (International Association Statute Series), app. 4.1. (1988). Disponível em: <<http://www.uia.br/legal>>.

¹⁸⁴ Dados retirados do gráfico exposto no artigo de Boli e Thomas, 1997, *op. cit.*, p. 176.

passando de aproximadamente 730 para quase 6.000. No entanto, “a literatura histórica desse período fornece pouca evidência de que a proliferação de ONGs de início tenha feito diferença tangível na política ou na vida cotidiana”¹⁸⁵. Inevitavelmente, tal como estava selado o destino da própria ONU – e principalmente de seu Conselho de Segurança –, nas suas primeiras décadas de existência, a um profundo alheamento quanto às questões políticas e jurídicas mais pulsantes do período, assim também se configurou o quadro relativo às ONGs até o fim da bipolarização paralisante da Guerra Fria.

Consideramos questionável, todavia, se os efeitos da política da Guerra Fria foram tão nefastos às ONGs quanto o foram à ONU. Isto porque, enquanto organização intergovernamental, esta última certamente esteve mais sujeita aos entraves políticos entre os governos estatais ocasionados pela situação do momento, visto que os embates ideológicos do período se refletiram claramente em seus órgãos decisórios principais, cujas deliberações eram frequentemente travadas pelo poder de veto no Conselho de Segurança, por exemplo. Uma prova desse fato é que, mesmo em meio a todo esse contexto político conturbado, a década de 1960 foi especialmente significativa para o crescimento na atuação das ONGs no plano internacional. Na visão de Suri, a partir dos anos sessenta,

o descontentamento público com os relacionamentos estratégicos paralisados entre os Estados Unidos e a União Soviética conduziu muitos cidadãos nos Estados Unidos, na Europa, na América Latina e na Ásia a voltarem-se para as ONGs e para os atores não estatais na busca por novas ideias e alternativas às instituições da Guerra Fria.¹⁸⁶

À medida em que boa parte dos indivíduos pensava e agia a partir de um contexto internacionalizado, criaram-se as condições ideais à proliferação das ONGs. O desenvolvimento paulatino de uma consciência global – pelo menos entre uma camada seleta das sociedades – foi, portanto, um fator sobremodo relevante para o crescimento da atuação das ONGs no plano internacional, mesmo em um período cuja política era, no mínimo, hostil a esse tipo de desenvolvimento. Com a melhoria dos sistemas de transportes e comunicações, as atividades levadas a cabo pelas ONGs ganharam significativa impulsão, pois os indivíduos podiam interagir entre si em uma velocidade jamais experimentada.

Com a crescente atividade legislativa da comunidade internacional acerca dos direitos humanos, as ONGs se colocaram como peças-chave nos entendimentos comuns

¹⁸⁵ SURI, 2004, *op. cit.*, p. 239. Do original: “The historical literature on this period, however, provides little evidence that the proliferation of NGOs and NSAs at first made much of a tangible difference to policy or everyday life”.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 239. Do original: “Public discontent with the stalemated strategic relationship between the United States and the Soviet Union led many citizen in the US, Europe, Latin America and Asia to turn to NGOs and NSAs in the search for new ideas and alternatives to Cold War institutions”.

(*alignment of frames*) acerca do tema. “Em todas as grandes sociedades – tanto capitalistas como comunistas – os cidadãos demandaram mais atenção às liberdades individuais prometidas, mas frequentemente não entregues, pelos regimes governantes”¹⁸⁷. Boa parte dessa energia que se acumulava e irrompia do seio das comunidades nacionais, principalmente em meio aos protestos que se espalhavam em escala global por volta de 1968, canalizou-se para a formação de ONGs que buscavam mobilizar a opinião internacional em relação à defesa dos direitos humanos. Os cidadãos passavam a enxergar na sociedade internacional, através da atuação nas ONGs, um meio de defesa contra as “opressões nacionais” que se enrijeciam naquele contexto.

Em 1968, o ECOSOC emitiu a Resolução n. 1296/1968¹⁸⁸, dispondo sobre as consultas às ONGs e revogando a anterior Resolução de 1950, que regulava a mesma matéria. Entre as modificações, estavam a ampliação de áreas de consulta para abranger também os setores de tecnologia e ciência; as organizações, a partir de então, para serem acreditadas, necessitariam possuir abrangência em um “número substancial” de países ao redor do globo; deveriam possuir uma constituição “democraticamente” adotada; as consultas relacionadas a cada ONG, em particular, somente poderiam ser realizadas no campo específico em que essa ONG atuasse ou possuísse um interesse especial; entre outros. As provisões relativas à submissão de pareceres escritos foram basicamente as mesmas nas Resoluções 288(X) e 1296 do ECOSOC. A última, no entanto, inovou em relação àquela na medida em que alterou algumas provisões para a circulação dos pareceres, refinou a linguagem da antiga resolução e definiu parâmetros concernentes à possibilidade de perda do *status* consultivo pelas ONGs¹⁸⁹. Essa Resolução ainda seria substituída na década de 1990.

A partir dos anos setenta, as ONGs passaram a adquirir um espaço mais diversificado, com uma sucessão de conferências da ONU desde a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) até à Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), nas quais “as ONGs foram ativas tanto na preparação como na realização da conferência, que aprovou uma série de enunciados políticos relacionados ao papel das ONGs no interior do sistema de desenvolvimento de políticas e programas da

¹⁸⁷ SURI, 2004, *op. cit.*, p. 240. Do original: “In every major society – capitalist and communist alike – citizens demanded more attention to the individual freedoms promised, but frequently not delivered, by ruling regimes”.

¹⁸⁸ Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/732/74/IMG/NR073274.pdf?>

¹⁸⁸ OpenElement. Acesso em maio de 2014.

¹⁸⁹ PRASAD, Maya. *The Role of Non-Governmental Organizations in the New United Nations Procedures for Human Rights Complaints*. Journal of International Law and Policy, Vol. 5, (1975). p. 444.

ONU»¹⁹⁰. O ritmo anual de fundação de ONGs nesse período era crescente, passando de uma média de 80 a 90 nos anos de 1950, para uma média de 100 a 120 nas décadas de 1960 e 1970, com anos cujos índices chegavam a quase 140 ONGs fundadas anualmente¹⁹¹. ONGs de expressiva atuação internacional foram criadas nesse período, tais como a Anistia Internacional (fundada em 1961, vindo a se tornar a grande expoente pública da questão dos direitos humanos nesse período), os Grupos de Observação de Helsinki e a Carta 77 (fundados em 1975, configuraram-se como grupos de pressão também afetos à questão dos direitos humanos, com expressiva influência política).

Os movimentos sociais dessa época, principalmente na América Latina pela redemocratização e pelo fim das ditaduras militares, também foram, em boa medida, canalizados para a atividade das ONGs. Uma transformação ocorreria nesses anos, porém. As ONGs passariam de uma característica mais “progressista”, de vinculação direta aos movimentos sociais e às suas respectivas políticas, no final da década de 1970 e no início da seguinte, para ONGs de caráter mais “conservador”, de cunho assistencialista e menos vinculação política, nos anos em que se daria a redemocratização (pelo menos no Brasil)¹⁹².

Na década de oitenta, as ONGs assumiam um papel muito maior do que tinham até então no que diz respeito ao desenvolvimento. Nesse tempo, foram vistas como portadoras de *fresh solutions* para antigos problemas relacionados ao desenvolvimento, caracterizados por governos ineficientes e projetos de desenvolvimento ineficientes¹⁹³. As ONGs, ao operarem em áreas técnicas, ofereceram ao sistema internacional uma espécie de conhecimento imparcial e assistência que provavelmente não poderia ter vindo da mera competição entre os Estados no plano internacional¹⁹⁴.

Um dos exemplos da relevância das ONGs nessa época, principalmente no que diz respeito à questão ambiental, foi a aprovação da Resolução A/RES/37/7¹⁹⁵, de 1982, pela Assembleia Geral da ONU. O texto da Resolução consistiu na Carta Mundial da Natureza, cuja autoria foi atribuída a um grupo de *experts ad hoc*, especialmente encarregados da tarefa, e às ONGs WWF e União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN). Essa

¹⁹⁰ *Ibidem*. Do original: “NGOs were active in both the preparation and the actual conference itself, which approved a series of policy statements relating to the role of NGOs within the UN system in policy and program design”.

¹⁹¹ Dados retirados do gráfico exposto no artigo de Boli e Thomas, 1997, *op. cit.*, p. 176.

¹⁹² GOMES, I. et COUTINHO, J. *Estado, movimentos sociais e ONGs na era do neoliberalismo*. Revista Espaço Acadêmico, n. 89, outubro de 2008. p. 5.

¹⁹³ CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁴ SURI, 2004, *op. cit.*, p. 229.

¹⁹⁵ Disponível em: < <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>. Acesso em julho de 2014.

norma, portanto, retratou um exemplo específico de como a atividade das ONGs começou a se traduzir em influências jurídicas internacionais, a despeito de sua ausência de votação formal. O trabalho técnico de redação da Carta foi essencial para a credibilidade do projeto e para o apoio no momento da aprovação, conferido o devido peso ao documento perante os olhos dos Estados que o tinham sob consideração.

Ao longo dessas décadas, encontra-se referência às ONGs mais facilmente nos manuais de direito internacional do que antes da Segunda Guerra. Na obra de Michel Virally, escrita em 1983, por exemplo, o autor se colocou a questão, cuja resposta deixou em aberto, relativa à maior concessão de direitos às ONGs no plano internacional, um sinal de que a doutrina internacionalista já lidava com essas organizações com muito mais naturalidade do que antes da Segunda Guerra Mundial:

Deveriam elas beneficiar de direitos internacionais que lhes permitam melhor realizar suas funções internacionais nesse território? Esse é um problema prático que pode se apresentar. [...], não existe algum obstáculo a princípio a que uma solução positiva lhe seja dada, eventualmente pela via convencional, ou dentro do quadro de uma organização internacional (intergovernamental) se a necessidade realmente se faz sentir¹⁹⁶.

As organizações internacionais – tanto governamentais como não governamentais –, a esse tempo, foram vistas por Virally como um “fenômeno irreversível” na ordem política e na ordem jurídica internacionais¹⁹⁷. Na mesma década, em 1981, o crescimento de tais organizações também havia sido reconhecido por Truyol y Serra. Na sua concepção, as relações jurídicas relativas ao “vasto campo” das organizações internacionais não governamentais “não se enquadram de modo propriamente dito nem sob o direito estatal e nem sob o direito interestatal”, mas constituem o “‘direito associativo internacional’, direito que, com o ‘direito interno das comunidades internacionais’ do qual fala Verdross, forma a ordem jurídica internacional no pleno sentido do termo”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ VIRALLY, 1983, *op. cit.*, pp. 136-137. Do original: “Devraient-elles bénéficier, en outre, de droits internationaux leur permettant de mieux remplir leurs fonctions internationales sur ce territoire? C’est là un problème pratique qui peut se poser. Pour les raisons déjà exposées, il n’existe aucun obstacle de principe à ce qu’une solution positive lui soit donnée, éventuellement par voie conventionnelle, ou dans le cadre d’une organisation internationale (intergouvernementale), si le besoin s’en fait réellement sentir”.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 172.

¹⁹⁸ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Theorie du Droit International Public*. Recueil des Cours, 1981. p. 282. Do original: “Ce sont des rapports juridiques qui ne tombent à proprement parler ni sous le droit étatique ni sous le droit interétatique et constituent [...] le ‘droit associatif international’, droit qui, avec le ‘droit interne des communautés internationales’ dont parle Verdross, forme l’ordre juridique international dans le plein sens du terme”.

As ONGs, na opinião do autor, seriam “a expressão da vida social internacional, tornando-se cada vez mais ricas e densas”¹⁹⁹. Contudo, no que diz respeito à personalidade jurídica internacional, Truyol y Serra afirma que somente os Estados teriam a capacidade de atribuir essa personalidade aos entes não estatais, aos indivíduos ou às organizações não governamentais, pois somente eles possuiriam personalidade jurídica plena. Os Estados, por sua vez, somente teriam atribuído tal condição às organizações intergovernamentais, pelo que as ONGs não gozariam de tal prerrogativa.

Portanto, na segunda metade do século XX, já era possível ver que as ONGs eram consideradas de forma mais ampla tanto pela política quanto pelo direito internacionais. Por mais que os Estados continuassem sendo o centro da ordem jurídica internacional, não se ignorava e nem se negava mais a influência dos atores não estatais e, em particular, das ONGs, nessa ordem jurídica.

Em 1984, a população de ONGs no cenário global já somava aproximadamente 25.000. Uma diversificação dos domínios de ação caracterizava cada vez mais o fenômeno da proliferação das ONGs. À essa altura, sua atuação englobava, entre outros, os seguintes setores: política, prática religiosa, atividades recreativas, educação, saúde, condições de vida, problemas sociais, indústria, comércio, transportes, emprego, sociedade, medicina e ciências fundamentais²⁰⁰.

2.3. Da queda do muro de Berlim aos dias atuais

A partir da década de 1990, com as profundas transformações históricas ocorridas no mundo inteiro, as ONGs não ficariam imunes às mudanças. Segundo Coutinho,

Se na década de 1970 associavam-se aos movimentos sociais, a partir dos anos 1990, as ONGs estão submetidas a uma outra lógica: priorizam trabalhos em “parceria” com o Estado e/ou empresas; proclamam-se “cidadãs”; exaltam o fato de atuarem sem fins lucrativos. (...) Diferentemente (...) da década de 1970, a ênfase não seria mais a formação política, mas o “desenvolvimento auto-sustentável”. As palavras de ordem dos anos 1970, que nortearam a atuação dos movimentos populares, como “educação popular”, “autonomia”, “auto-organização”, “independência”, “direitos humanos”, (...) foram substituídas por “ecologia”, “democratização”, “diversidade cultural”, “geração de renda”, “gênero”, “direitos de cidadania”²⁰¹.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 368. Do original: “[...] dites non gouvernementales, celles-ci étant l’expression de ce qu’on peut bien appeler la vie sociale internationale, devenue de plus en plus dense et riche”.

²⁰⁰ Todos esses dados são retirados da obra de BETTATI, Mario *et* DUPUY, Pierre-Marie. *Les O.N.G. et le Droit International*. Paris: Economica, 1986. pp. 2-3 e ss.

²⁰¹ COUTINHO, Joana. *As ONGs: origens e (des)caminhos*. Revista Lutas Sociais NEILS – Programa de Estudos e Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, nº13/14, 2005. p. 57.

O viés assumido pelas ONGs já um pouco antes da queda do muro de Berlim, portanto, seria essencialmente distinto dos realizados nos anos anteriores. Acompanhando as mudanças ocorridas nos movimentos sociais, que saíam de uma vertente “contestadora” e assumiam um caráter “integrador”²⁰², as ONGs iriam buscar parcerias com o poder público para a realização dos direitos de cidadania e a democratização, com mais ênfase no seu aspecto voluntarista, filantrópico, não-lucrativo.

As novas circunstâncias que se delineavam contribuiriam para a maior participação das ONGs na ONU. Na maioria das vezes em que esse movimento crescente se caracterizou, no entanto, alguns Estados, cujos interesses seriam potencialmente prejudicados pelo fato, agiam no sentido de obstaculizar a atuação de determinadas ONGs. Em 1991, alguns Estados árabes e Cuba temporariamente impediram que a ONG *Human Rights Watch*, baseada em Nova Iorque, obtivesse *status* consultivo perante o ECOSOC, o que lhes daria o direito de serem ouvidas nas reuniões da ONU e de ali circularem documentos. Em 1995, a ONG *Freedom House*, por exemplo, também sediada em Nova Iorque, não pôde obter o *status* consultivo por causa da resistência oferecida por uma coalisão de Estados, incluindo governos democráticos como a Índia e as Filipinas²⁰³. Segundo Weiss *et alii*, “tivessem as ONGs não gerado influência, seria improvável que certos governos tentariam tão incisivamente deixá-las de fora dos procedimentos da ONU”²⁰⁴.

Quanto ao estatuto jurídico das ONGs à época, segundo Touscoz, as ONGs, em geral, originavam-se em um Estado no qual adquiriam o *status* jurídico de associação sem fins lucrativos e, à medida em que iam estendendo suas atividades a outros Estados, também registravam seu estatuto em cada um desses Estados. A unidade de sua ação era assegurada pela organização que possuíam no âmbito internacional.

Isso fez com que elas possuíssem uma condição jurídica precária, pois dependiam dos Estados nos quais estavam implantadas. Salvo em casos pontuais como na situação da Cruz Vermelha, as ONGs não se beneficiavam de imunidades e privilégios que lhes permitissem escapar da competência dos Estados em que atuavam. Não tendo a seu favor um estatuto jurídico internacional de alcance geral, as ONGs tiveram sua posição reconhecida apenas por algumas organizações internacionais. Além da disposição do artigo 71 da Carta da ONU, outras organizações realizaram iniciativas semelhantes: a Organização Internacional do

²⁰² *Ibidem*, p. 58.

²⁰³ WEISS, Thomas G. *et alii*. *The United Nations and Changing World Politics*. 6ª ed. Philadelphia: Westview Press, 2010. p. 236.

²⁰⁴ *Ibidem*. Do original: “Had NGOs generated no influence, certain governments would unlikely try so hard to keep them out of UN proceedings”.

Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI) e outras instituições especializadas²⁰⁵. Nas palavras de Touscoz, em 1993,

Se bem que as ONG não disponham, actualmente, de um verdadeiro estatuto jurídico internacional (tê-lo-ão um dia, sem dúvida), têm, evidentemente, uma personalidade jurídica internacional que lhes permite, dentro de certos limites, concluir convenções com outros sujeitos de Direito Internacional, participar em arbitragens internacionais e contribuir para a formação do Direito Internacional²⁰⁶.

A falta de uma norma que especificasse a condição jurídica das ONGs no plano internacional, portanto, não impediu que essas organizações fossem reconhecidas como “pessoas jurídicas internacionais” (ainda que pela doutrina minoritária), e como tais, para adequar melhor ao marco teórico dessa pesquisa, fossem reconhecidas como efetivas “participantes” da ordem jurídica internacional, sobre a qual exerciam significativa influência.

As transformações que se operavam na própria atuação das ONGs também continuaram contribuindo para as incertezas na formulação de um conceito próprio. Uma das dificuldades que se interpunha, desde o início, no processo de conceituação das ONGs era a variada gama de atividades desenvolvidas pelas organizações que se pretendia abranger com o conceito. Segundo Princen e Finger, escrevendo na década de 1990,

A dificuldade de caracterizar o fenômeno inteiro resulta em grande parte da tremenda diversidade encontrada na comunidade global de ONGs. Essa diversidade deriva de diferenças quanto ao tamanho, duração, abrangência e escopo de atividades, ideologias, contexto cultural, cultura organizacional e *status* jurídico.²⁰⁷

Quanto mais se mostrava frequente a participação das ONGs no sistema jurídico internacional, mais se fazia sentir a necessidade de uma definição do termo. A seguir, serão expostas algumas tentativas de definição levadas a cabo a partir dos anos de 1990 e, por fim, serão demarcados os aspectos conceituais relacionados às ONGs, que irão concluir este capítulo.

Em 1994, o Secretariado da Organização das Nações Unidas (ONU) definiria as organizações não governamentais como “entidades não-lucrativas cujos membros são cidadãos ou associações de cidadãos de um ou mais países e cujas atividades são determinadas pela vontade coletiva de seus membros em resposta às necessidades dos

²⁰⁵ TOUSCOZ, 1993, *op. cit.*, p. 188.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ PRINCEN, T., et FINGER, M.. Introduction. In: Princen, T., and Finger, M. (eds.), *Environmental NGOs in World Politics. Linking the Local and the Global*. Londres: Routledge, 1994. p. 6. Do original: “The difficulty of characterizing the entire phenomenon results in large part from the tremendous diversity found in the global NGO community. That diversity derives from differences in size, duration, range and scope of activities, ideologies, cultural background, organizational culture, and legal status.”

membros de uma ou mais comunidades com a qual a ONG coopera”²⁰⁸. Essa definição se daria em um momento no qual era discutida a revisão da Resolução de 1968, em que ainda se embasavam as relações entre as ONGs e o ECOSOC. Essa revisão já havia sido requisitada pelo próprio Conselho em julho de 1993 (conforme Resolução 80/1993/ECOSOC), com o objetivo de atualizar a Resolução anterior, introduzir coerência nas regras que regiam a participação das ONGs na ONU e melhorar os arranjos práticos relativos aos trabalhos dos Comitês relacionados ao assunto.

No ano de 1996, uma nova Resolução (31/1996²⁰⁹) foi emitida pelo ECOSOC para dispor sobre os arranjos de consulta às ONGs. O preâmbulo da nova Resolução trouxe vários outros “considerandos” em relação à anterior, mencionando, por exemplo: a necessidade de levar em conta a plena diversidade das ONGs nos níveis nacionais, regionais e internacionais; a amplitude da *expertise* relacionada a tais organizações, bem como sua capacidade de auxiliar o trabalho das Nações Unidas; e as mudanças no setor não governamental, incluindo a emergência de um grande número de organizações nacionais e regionais. Nesses aspectos, tanto o fato de ter sido feito um novo documento, como o conteúdo do novo documento, sinalizaram que as transformações ocorridas nessa época não foram rasas e pareciam redefinir o papel das ONGs perante a ONU.

Em 1997, Hobe propunha uma definição das ONGs através de uma combinação entre os requisitos que tais organizações deveriam preencher para participar das reuniões no ECOSOC e a definição de ONG dada pela União de Associações Internacionais:

Se pegarmos a linha mestra dessas duas definições, poderemos chegar aos seguintes requerimentos para as ONGs: elas precisam ser fundadas por indivíduos privados; ser independentes de estados; ser orientadas pelo primado do direito; perseguir interesses públicos em vez de privados como um objetivo; demonstrar um escopo transnacional de atividades e possuir uma organização estrutural mínima²¹⁰.

O Professor Peter Willetts, da *City University* de Londres, definiu as ONGs, em 2001, como “associações independentes e voluntárias de pessoas agindo conjuntamente de

²⁰⁸ Organização das Nações Unidas, Conselho Econômico e Social. OPEN-ENDED WORKING GROUP ON THE REVIEW OF ARRANGEMENTS FOR CONSULTATIONS WITH NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS; REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, U.N. Doc. E/AC.70/1994/5 (1994). Do original: “a non-profit entity whose members are citizens or associations of citizens of one or more countries and whose activities are determined by the collective will of its members in response to the needs of the members or of one or more communities with which the NGO cooperates.”

²⁰⁹ Disponível em: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1996/eres1996-31.htm>. Acesso em maio de 2014.

²¹⁰ HOBE, Stephan. *Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations*. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 5: Iss. 1, Artigo 10, 1997. p. 194. Do original: “If one takes the bottom line of these two definitions, one can arrive at the following requirements for NGOs: they must be founded by private individuals; be independent of states; be oriented toward the rule of law; pursue public rather than private interests as an objective; demonstrate a transnational scope of activities; and possess a minimal organizational structure”.

modo contínuo, para algum propósito comum, que não seja assumir funções governamentais, obter lucro ou exercer atividades ilícitas”²¹¹. A obra de Celso Albuquerque de Mello²¹², escrita 2002, não traz conceituação acerca das ONGs e faz menção apenas à Cruz Vermelha Internacional, à Ordem de Malta e às empresas transnacionais.

O autor S. Michael, por sua vez, em 2004, utilizou uma abordagem especialmente voltada à questão do desenvolvimento econômico e social, e portanto mais relacionada às ONGs pós década de 1980/1990, pelo que definiu as ONGs como “atores de desenvolvimento independentes existindo apartadas de governos e corporações, operando em um modelo *non-profit* ou *not-for-profit* com uma ênfase no voluntarismo, e realizando um mandato de prover serviços relacionados ao desenvolvimento, efetuando trabalhos em prol do desenvolvimendo comunitário ou advogando assuntos relacionados ao desenvolvimento”²¹³. Depois, Charnovitz, em 2006, trouxe à luz uma definição segundo a qual as ONGs seriam “grupos de pessoas ou de sociedades, livremente criadas pela iniciativa privada, que detêm um interesse em assuntos que cruzam ou transcendem fronteiras nacionais e não buscam lucros”²¹⁴.

No ano de 2008, Shaw, muito embora não tenha reconhecido expressamente a personalidade jurídica internacional das ONGs, reafirmou sua condição de “participante” dessa ordem jurídica – que é o que de fato se mostra relevante de acordo com o marco teórico desta pesquisa. Nas palavras do autor,

[...] uma série de fatores precisa ser cuidadosamente examinada antes que se possa determinar se uma entidade possui personalidade internacional [...] A personalidade é um fenômeno relativo que varia de acordo com as circunstâncias. Uma das distintas características do direito internacional contemporâneo tem sido seu largo espectro de participantes. Estes incluem estados, organizações internacionais, organizações regionais, organizações não governamentais, companhias públicas, companhias privadas e indivíduos²¹⁵.

²¹¹ WILLETTS, Peter. *What is a Non-Governmental Organization?. UNESCO Encyclopaedia of Life Support Systems, SECTION 1. INSTITUTIONAL AND INFRASTRUCTURE RESOURCE ISSUES Article 1.44.3.7*. Disponível em: <<http://www.staff.city.ac.uk/p.willetts/CS-NTWKS/NGO-ART.HTM#Part1>>. Acesso em 9/5/2014.

²¹² MELLO, 2002, *op. cit.*

²¹³ MICHAEL, S. *Undermining Development. The Absence of Power among Local NGOs in Africa*. Oxford: James Curre. Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press, 2004. Do original: “independent development actors existing apart from governments and corporations, operating on a non-profit or not-for-profit basis with an emphasis on voluntarism, and pursuing a mandate of providing development services, undertaking communal development work or advocating on development issues.”

²¹⁴ CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.* p. 350. Do original: “The NGOs that are the subject of this article are groups of persons or of societies, freely created by private initiative, that pursue an interest in matters that cross or transcend national borders and are not profit seeking.”

²¹⁵ SHAW, 2008, *op. cit.*, p. 196. Do original: “[...] a range of factors needs to be carefully examined before it can be determined whether an entity has international personality [...] Personality is a relative phenomenon varying with the circumstances. One of the distinguishing characteristics of contemporary international law has been the wide range of participants. These include states, international organisations, regional organisations, non-governmental organisations, public companies, private companies and individuals.”

Assim, não seria apressado concluir que, no direito internacional contemporâneo, as ONGs podem ser consideradas como participantes do sistema jurídico internacional. Embora haja controvérsia quanto ao papel que devam assumir, quanto à extensão de suas prerrogativas ou quanto à sua personalidade jurídica internacional, a própria discussão em si, configurada no âmbito da doutrina, já dá evidências de que há pouca dúvida no que diz respeito ao reconhecimento a conferir às ONGs o título de participantes desse sistema jurídico.

Em obra publicada no ano de 2010, Tonme ofereceu também algumas considerações sobre a definição do termo, especialmente no que tange as ONGs no plano internacional:

[...] é incontestável que todas são criações privadas e são geradas de maneira independente. Essas organizações são internacionais não por causa da composição multinacional de seus órgãos de gestão e de ação, mas pelo campo alargado de suas atividades que cobrem diversos países. As Organizações não governamentais internacionais são ainda organizações não governamentais que ganharam uma importância internacional e adquiriram uma respeitabilidade e uma reputação universalmente reconhecidas²¹⁶.

Não obstante muito se tenha falado acerca das ONGs nas últimas décadas, pouca clareza foi adicionada à definição do termo. Dentre as principais críticas à própria designação de tais organizações como “não-governamentais” esteve o fato de que essa expressão define seu objeto com referência a um aspecto negativo – “não”-governamentais. Essa característica, segundo alguns, trouxe e ainda traz pelo menos duas complicações à definição: torna-a vaga – pois rotula “o que é” através de “o que não é” – e, ao mesmo tempo, fica demasiadamente ampla, visto que abrange organizações de toda natureza, desde que não governamentais, o que poderia levar a incluir empresas multinacionais nesse conceito, por exemplo, entre outras entidades.

Tendo em vista esse tipo de impasse, outros termos acabaram sendo sugeridos com o fim de substituírem “organizações não-governamentais”. Entre tais sugestões estiveram: grupos de pressão, grupos de interesse, organizações privadas voluntárias, setor voluntário independente, sociedade civil, organizações do terceiro setor, organizações ativistas, corpos não-lucrativos, organizações profissionais, organizações voluntárias e organizações de cidadãos. A Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG), por exemplo, apesar de conter a expressão “não governamentais” em seu próprio nome, designou

²¹⁶ TONME, Shanda. *Le système des organisations internationales non gouvernementales: Emergence d'un Droit international spécifique?* Paris: L'Harmattan, 2010. p. 45. Do original: “[...] c'est incontestable que toutes sont de création privée et sont gérées de façon indépendante. Ces organisations sont internationales non pas à cause de la composition multinationale de leurs organes de gestion et d'action, mais pour le champ élargi de leurs activités qui couvrent plusieurs pays. Les Organisations non gouvernementales internationales sont ainsi des organisations non gouvernementales qui ont pris une importance internationale et acquis une respectabilité et une réputation universellement reconnues.”

tais organizações pela expressão “Organizações da Sociedade Civil”²¹⁷. No entanto, mesmo contra as críticas levantadas, o termo ONG continua sendo utilizado sobremaneira.

A título de esclarecimento, não é prudente tomar como sinônimos os conceitos de “ONG” e “Sociedade Civil”, muito embora tais definições sejam frequentemente utilizadas em contextos muito parecidos. A nosso ver, a diferença entre esses dois termos é a mesma existente entre as categorias de espécie e gênero. Apenas uma parte da “sociedade civil” está “organizada” em “ONGs”²¹⁸. Logo, as ONGs seriam uma espécie do gênero “Sociedade Civil”, isto é, uma parte desse todo que se organiza de modo peculiar.

As ONGs experimentaram um crescimento significativo a partir da década de 1990, e por isso a própria ideia que se tinha em mente acerca dessas organizações na década de 50, por exemplo, já não se mantém exatamente a mesma no século XXI, visto que os domínios nos quais as ONGs ganharam espaço foram dos mais variados, questionando efetivamente conceituações restritivas. Ao longo da história, o conceito e a interpretação do conceito não subsistiram imutáveis. No entanto, algumas balizas principais que serão expostas a seguir podem ser utilizadas para delinear a definição de ONG, ainda que não sem divergências, mas razoavelmente de modo convergente quanto ao seu núcleo.

O fundamento conceitual básico sobre o qual essa pesquisa formulará suas hipóteses e conclusões será aquele trazido por Alain Pellet, em 2009, o qual buscou definir as ONGs como “instituições sem fins lucrativos criadas por iniciativa privada – ou mista –, à exclusão de todo acordo intergovernamental, reunindo pessoas privadas ou públicas, físicas ou jurídicas, de nacionalidades diversas”²¹⁹. Para maximização da clareza expositiva, trabalharemos a seguir um aspecto conceitual por vez. Para formar a expressão “organizações não-governamentais”, três vocábulos são utilizados: “organizações”, “não” e “governamentais”. A análise que se seguirá nas próximas linhas será dividida em cada um desses vocábulos, buscando dissecar o termo de acordo com sua análise contemporânea e apreender do modo mais claro possível suas atuais significações²²⁰.

²¹⁷ Conferir a Cartilha do Projeto de Lei 7168/2014 disponível para *download* no site da Associação: <<http://www.abong.org.br/publicacoes.php>>. Acesso em 9/5/2014.

²¹⁸ Aproveitamos essa definição a partir de um diálogo realizado entre o Sr. Liberato Bautista e o Ambassador Kamau, na Conferência das Organizações Não Governamentais (CoNGO) de 2009. A gravação da Conferência está disponível online e pode ser acessada através do link: <<https://www.youtube.com/watch?v=oCsV-83TNUE>>. Acesso em 10/05/2014.

²¹⁹ PELLET, 2009, *op. cit.*, p. 711.

²²⁰ Essa análise segue a proposta sugerida por Kerstin MARTENS, em seu artigo: Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations. *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 13, n. 3 (setembro de 2002), pp. 271-285.

Primeiro, tratar-se-á do “não”. Além de serem não-governamentais, as ONGs possuem um aspecto central acerca do “não”-lucrativo. Esse é um parâmetro de fato importante para traçar uma linha entre as ONGs e as multinacionais, cujo objetivo principal é auferir lucro. As ONGs, por excelência, atuam e surgem em áreas das mais diversas no campo nacional e internacional e “existem em todos os domínios onde se podem estabelecer relações internacionais de caráter não lucrativo”²²¹. Da política aos sindicatos, passando pela religião até as áreas humanitárias e ambientais. Ademais, ainda que entidades com fins lucrativos não sejam consideradas ONGs, outras organizações que tratam de assuntos comerciais podem ser tidas como tal, como, por exemplo, a Câmara de Comércio Internacional (ICC). No entanto, desde suas primeiras definições a partir da década de 1950, o aspecto da “não-lucratividade” já se configurava um de seus principais pilares.

Importante salientar também que o uso do termo ONGs não é e nem será reservado aqui àquelas associações que buscam somente o “interesse público”. Por isso, conforme Charnovitz²²², sindicatos trabalhistas, associações profissionais e outras organizações que perseguem um interesse não “público”, mas “coletivo” ou “especial”, também são incluídas nessa definição. Segundo Touscoz, essa categoria de organizações poderia ser, em certa medida, equiparada às sociedades transnacionais; a única e essencial diferença entre as duas modalidades, contudo, seria a sua posição quanto ao lucro, visto que estas o perseguem enquanto aquelas não. Admitir a existência de uma ONG com fins de obter lucro seria, em nossa opinião, ir contra as tendências conceituais que se delinearam no itinerário histórico.

Depois, tais organizações são ditas como “não”-violentas, o que as distingue de grupos que lançam mão do uso da força para realizar seus objetivos²²³. É principalmente por tal característica que grupos como a Organização para a Libertação da Palestina (OLP), a Máfia, grupos terroristas ou guerrilhas, apesar de serem, em certo sentido, organizações sem caráter governamental, não estão debaixo do significado que usualmente se atribuiu ao termo ONG. Organizações que “abertamente rejeitam a legitimidade do processo político e advogam ou se engajam em violência”²²⁴ não são consideradas ONGs, segundo Rosenau. Não se nega, no entanto, que algumas ONGs não levam esse aspecto a suas últimas consequências. Um exemplo seriam as ONGs que defendem os direitos dos animais e “frequentemente empregam

²²¹ TOUSCOZ, *op. cit.*, p. 185.

²²² CHARNOVITZ, 2006, *op. cit.*, p. 350.

²²³ MARTENS, 2002, p. 277.

²²⁴ ROSENAU, J. N. NGOs and fragmented authority in globalizing space. *Paper* apresentado na *Third Pan-European International Relations Conference and Joint Meeting with the International Studies Association*. Viena, Austria: Setembro de 1998. Do original: “The only exclusion [from NGOs] is that of organizations which openly reject the legitimacy of the political process and advocate or engage in violence”.

violência para libertá-los”²²⁵. O ECOSOC, em 1996 e já desde a primeira resolução, havia estipulado que somente poderiam estabelecer arranjos consultivos as ONGs que trabalhassem sob o primado do direito.

Entretanto, como o aspecto é controverso, há uma minoria de autores que atribui mesmo às organizações que fazem uso da violência para atingir seus objetivos o título de ONG. Peter L. Bergen²²⁶, por exemplo, considera a Al-Qaeda uma ONG – e uma ONG muito efetiva –, visto que utiliza uma ampla gama de recursos e interesses para evadir-se dos controles estatais. Essa concepção, contudo, não será compartilhada pelo viés adotado nesta pesquisa, pois a “não”-violência ou, mais especificamente, a atuação sob o respeito ao direito, seria um elemento integrante do conceito de ONG segundo a abordagem doutrinária majoritária.

Em terceiro lugar, as ONGs são, por definição, “não” governamentais. Nesse ponto, adentra-se já ao segundo vocábulo da expressão – “governamentais”. As ONGs são formadas por indivíduos ou grupos nacionais e não representantes oficiais de governos nacionais²²⁷. Por isso, a tendência dominante é caracterizá-las como organizações privadas, visto que dessa essência são formadas e constituídas. No entanto, a União de Associações Internacionais não descarta a possibilidade de entidades públicas tornarem-se membros de uma ONG, desde que estas permaneçam livres da influência política que dessa situação poderia resultar²²⁸ – muito embora não se saiba de que modo isso poderia funcionar. Esse tipo de organização – com membresia pública e privada – é designada pela doutrina como “organização híbrida” e é frequentemente tomada como ONG ou, em alguns casos, *quasi-ONG*²²⁹.

Deste modo, é do cerne do conceito de ONG que tais organizações não se tornem dependentes de investimentos públicos ou reféns de influências políticas de entidades públicas. Não está excluída a possibilidade de interagirem de certo modo com tais entidades, mas desde que sejam capazes de manter sua independência, refletida na aptidão para sustentar a si mesmo, ainda que os financiamentos públicos sejam cortados²³⁰. Não se mostra difícil, contudo, principalmente no setor ligado às questões de desenvolvimento, quando as ONGs acabam tomando para si funções que são por excelência mais adequadas ao Estado, encontrar

²²⁵ MARTENS, *op. cit.*, Do original: “animal protectors often employ violence to free animals”.

²²⁶ BERGEN, Peter L. *Holy War, Inc.: Inside the Secret World of Osama Bin Laden*. Nova Iorque: Free Press, 2001.

²²⁷ RUSSET, B. M. *World Politics: A Menu for Choice* (4th edition). New York: Freeman, 1996. p. 67.

²²⁸ Union of International Associations. *Yearbook of International Organizations*, Union of International Associations: Brussels, 2002. p. 38.

²²⁹ MARTENS, 2002, *op. cit.* p. 279.

²³⁰ *Ibidem*.

organizações que, de um modo ou de outro, enfraquecem sua autonomia à medida em que deixam de caminhar pelas próprias forças.

Ainda nesse aspecto, importa ressaltar que as ONGs também não buscam participar do jogo de poder governamental, o que exclui da definição os partidos políticos e outros grupos politicamente organizados que possuem tal objetivo²³¹. Devido a essa característica, há autores²³² que arriscam rotulá-las de “não-políticas”, o que, a nosso ver, não se mostra de todo adequado, visto que, ainda que não busquem especificamente poder governamental, exercem influência significativa no âmbito da política.

Por fim, há que se tratar do vocábulo “organização”, também peça constitutiva do conceito. Além de ser caracterizado pelo “não-” e pelo “governamental”, é necessário ter em conta de que o conceito se refere a “organizações”. Em primeiro plano, o fato de serem “organizações” não-governamentais pressupõe, de fato, uma estrutura minimamente organizada e planejada para consecução de seus fins. Isso exclui da abrangência do conceito aquelas forças ou aqueles movimentos que poderiam ser chamados de “espontâneos”²³³. O conceito de Pellet, tomado aqui como fundamento, define as ONGs como “instituições”, excluindo, assim, os setores “não organizados” da sociedade civil como um todo.

As organizações não-governamentais, portanto, demandam pelo menos o básico que se pode esperar de uma estrutura organizada no plano internacional: membros permanentes, escritórios e receitas financeiras. Assim, elas não se caracterizam como organizações *ad hoc*, mas tornam-se instituições com caráter formal e arranjos constitucionais de auto-governo²³⁴, marcadas por uma certa durabilidade. Não se pode negar, no entanto, que diversas ONGs têm seu surgimento e fundação precedidos de um movimento social em princípio espontâneo, que de forma paulatina veio a se organizar e culminou na criação da instituição.

Logo, a forma com que se trabalhou o conceito de ONG até aqui demonstra que não há apenas desvantagens em se ter uma expressão baseada em uma “exclusão” – não-governamentais –, visto que tal modo de definir essas organizações contribui também para que se estabeleça uma linha divisória entre estas e diversos outros fenômenos que com elas se parecem em alguns aspectos. Segundo Martens, o conceito rotulado por vezes como “negativo” torna-se um “método de desqualificação”²³⁵, através do qual se excluem da

²³¹ *Ibidem*, p. 280.

²³² UVIN, P. et WEISS, T.G. The United Nations and NGOs: Global civil society and institutional change. In: GLASSNER, M.I. (ed.) *The United Nations at Work*. Praeger: Westport, 1998. pp. 213-238.

²³³ MERLE, M. *Sociology des Relations Internationales*. Paris: Daloz, 1988. p. 388.

²³⁴ UVIN *et al*, 1998, *op. cit.*, p. 213.

²³⁵ MARTENS, 2002, *op. cit.*, p. 282.

definição aquelas instituições ou aqueles movimentos que não preenchem determinadas características que seriam, na visão da doutrina, inerentes às ONGs.

No entanto, além da perspectiva acerca do que as ONGs “não são” – ou melhor, do que “não são” ONGs – surgem elementos positivos para delinear o conceito, tal como o fato de as ONGs serem organizações que buscam realizar os “objetivos comuns”²³⁶ da comunidade internacional e da sociedade civil, ou que possuem como fim a “defesa de direitos”²³⁷, seja de um grupo coletivo ou no âmbito global, operando e trabalhando para o “bem público” inserido nesse contexto. Para ilustrar esse pensamento, podem ser trazidas à mesa quatro exemplos das principais ONGs que atuam em causas relativamente direcionadas à persecução de objetivos comuns no contexto internacional, tais como a *Anistia Internacional* (na promoção do respeito ao direito internacional dos direitos humanos); os *Médicos Sem Fronteiras* (nas questões humanitárias); a *Oxfam* (na promoção do desenvolvimento) e o *Greenpeace* (na defesa do meio ambiente).

Todas essas considerações tecidas a respeito do itinerário histórico-conceitual das ONGs ao longo do século XX serão úteis na medida em que permitirão compreender com mais clareza a influência que tais instituições exercem na formação do direito internacional contemporâneo através de sua participação nos processos de elaboração de tratados internacionais no âmbito da ONU. Essa, no entanto, é matéria para o próximo e último capítulo da pesquisa.

²³⁶ MARTENS, 2002, *op. cit.*, p. 282.

²³⁷ d'ORFEUIL, Henri Rouillé. As ONGs, atores da diplomacia não-governamental. In: TIPHAGNE, A. *et alii* (ed.). *Diplomacia não-governamental: A intervenção das ONGs num sistema internacional em crise*. São Paulo: ABONG, 2007. p. 73.

3. A participação das ONGs nos processos de formação do direito internacional no âmbito da ONU

Este terceiro e último capítulo do trabalho se dedica exclusivamente à análise dos processos de elaboração das duas convenções que serão abordadas nesta pesquisa, a saber, a Convenção contra a Tortura e o Protocolo Opcional da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Na realização desse estudo, procurou-se destacar as atividades participativas das ONGs nos processos jurídicos que ocorreram no âmbito da preparação desses dois instrumentos normativos. Essa análise casuística encontra amparo em alguns estudos gerais sobre a temática da influência das ONGs nos processos de negociação sobre instrumentos jurídicos internacionais²³⁸.

As convenções que serão analisadas a seguir não foram escolhidas aleatoriamente. Alguns foram os fatores que conduziram esta pesquisa aos processos de elaboração de tais documentos jurídicos internacionais: a maior disponibilidade de informações acerca do processo de elaboração dos tratados; o contexto histórico em que as duas convenções foram aprovadas: anos 80 e 90 e anos 2000, procurando traçar uma análise situada em duas décadas diferentes; o fato de os dois instrumentos terem sido negociados, redigidos e aprovados no âmbito da ONU, que serviu de fórum para as discussões que resultaram em normas internacionais; a área normativa vinculada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é de significativo interesse e impacto no que diz respeito à atuação das ONGs; a significativa e observável participação e influência das ONGs nos processos como um todo; entre outros.

A aprovação das convenções que serão analisadas neste capítulo não foi um processo rápido: ele se arrastou por anos até que o texto fosse efetivamente aprovado. A partir da seleção das convenções, a análise efetuada seguiu o fio da história e procurou evitar, sempre que possível, eventuais anacronismos de uma análise não tão simples do encadeamento dos fatos. Todavia, por vezes mostrou-se útil valorizar a clareza dos tópicos relevantes para a pesquisa em detrimento da perfeita cronologia dos fatos. Quanto aos materiais consultados, em conjunto com referências a documentos da própria ONU e das ONGs, também fazem-se citações de pesquisadores que, em alguma medida, fizeram considerações relevantes sobre a temática, a fim de, na junção das evidências, possibilitar a análise da forma pela qual as ONGs

²³⁸ Notadamente: BRETON-LE GOFF, G. *L'influence des organisations non gouvernementales sur la négociation de quelques instruments internationaux*. Montreal: Bruylant, Bruxelles et Yvon Blais, 2001; BETTATI, Mario et DUPUY, Pierre-Marie. *Les O.N.G. et le Droit International*. Paris: Economica, 1986; LEROUX, Nicolas. *La Condition Juridique des Organisations Non Gouvernementales Internationales*. Bruxelas: Éditions Yvon Blais, 2009.

participam desses processos e, se possível, verificar o impacto dessa participação no substrato normativo que de tais processos resulta – que é o que pode se chamar de direito internacional.

Tendo em vista que a participação das ONGs nos processos de elaboração das normas, como se verá, não tende a ser uniforme, procurou-se abordar os pontos considerados mais relevantes por parte das ONGs em cada convenção. Por isso, em não se tratando de uma análise exaustiva, cabe fazer a observação de que a atuação das ONGs em cada processo pode ter abrangido maior quantidade ou diversidade de formas do que as expressas neste trabalho, sendo que os pontos aqui abordados não possuem o objetivo de restringir futuras análises sobre o assunto. Um dos diferenciais da abordagem desta pesquisa é atentar para a atuação informal das ONGs nos processos de produção da norma, diferentemente de outros estudos²³⁹.

Por último, é importante fazer algumas considerações sobre o processo de formação das normas internacionais no âmbito da ONU. Nesse sentido, nota-se que, em geral, as normas que dizem respeito especificamente aos direitos humanos, no âmbito da ONU, emergem de um modo mais ou menos padronizado. Nesse percurso, segundo Clark²⁴⁰, quatro fases principais podem ser delineadas no processo pelo qual essa espécie de norma vem à luz: (1) descobrimento e interpretação dos fatos; (2) publicação e discussão dos fatos – construção de um consenso; (3) construção de normas jurídicas e (4) a aplicação das normas criadas com relação ao comportamento dos Estados. Porém, a análise a seguir tentará atravessar apenas as três primeiras fases desse processo, deixando as considerações acerca da participação das ONGs na aplicação das normas criadas de fora do objeto de estudo.

3.1. As ONGs no processo de elaboração da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁴¹ (Convenção Contra a Tortura ou, simplesmente, Convenção), adotada em 1984, revela-se um caso emblemático para o estudo da participação das ONGs na produção de normas no âmbito da ONU e, mais especificamente, através de um de seus corpos subsidiários: a Comissão sobre os Direitos Humanos (Comissão ou CSDH). Para que se tenha uma compreensão mais clara acerca da forma de participação das ONGs no processo de

²³⁹ Tal como LEROUX, 2010, *op. cit.*

²⁴⁰ CLARK, Ann Marie. *Diplomacy of Conscience: Amnesty International and Changing Human Rights Norms*. New Jersey: Princeton University Press, 2001. pp. 30 e ss.

²⁴¹ Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral da ONU, em 10/12/1984. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>>. Acesso em junho de 2014.

elaboração dessa Convenção, é importante desenhar o contexto histórico no qual as normas se desenvolveram e traçar os principais eventos que, num espaço de décadas, culminaram na aprovação do texto. Ressalta-se que a trajetória desse caso iniciou-se, de fato, já na primeira metade do século XX – senão antes –, mas uma análise que abranja os acontecimentos a partir da criação da ONU será suficiente para o propósito deste trabalho.

Inicialmente, em 1945, ficava estipulado no parágrafo 3º do artigo 1º da Carta da ONU²⁴² que essa Organização, como um de seus propósitos centrais, iria “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” e no parágrafo 4º, também, que iria “ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns”. Três anos depois, aprovava-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴³, em cujo artigo 5º ficaria estabelecido que ninguém seria submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. A partir das declarações constantes desses documentos, iniciar-se-ia um movimento na sociedade internacional, por vezes paradoxal, na tentativa de proibir definitivamente a tortura por parte dos governos, de modo juridicamente vinculante.

“Entretanto, os regimes cada vez mais começaram a fazer uso da tortura como um meio para deter e para detectar oposições políticas”²⁴⁴. Paralelamente, a emergência de ditaduras militares contribuiu para o aumento na utilização da tortura pelos governos. Os registros históricos dão conta de que a tortura havia se tornado um mecanismo de controle político amplamente aplicado em toda parte do mundo²⁴⁵, principalmente na França e na Inglaterra (ambas especialmente por causa de suas relações coloniais), na União Soviética e nas ditaduras militares da América Latina. Nesses lugares, a tortura havia atingido um grau de sofisticação técnica a ponto de enfatizar a dor psicológica em vez da física, o que tornava mais difícil aos detentos realizar prova de que haviam sido torturados²⁴⁶. A situação, nas primeiras duas décadas após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos,

²⁴² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em junho de 2014.

²⁴³ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em junho de 2014.

²⁴⁴ LIPPMAN, Matthew. *The Development and Drafting of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 275 (1994). p. 290. Do original: “Nevertheless, regimes increasingly began to rely on torture as a device to deter and to detect political opposition”. Cf. Também: *Prisoners of Conscience in the USSR: Their Treatment and Conditions*. Amnesty International Report, A. I. Publications (53 Theobald's Road, London, W.C.1) 1975, 154 pp.

²⁴⁵ LIPPMAN, 1994, *op. cit.*, p. 295.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 293-295.

havia praticamente escapado de qualquer tentativa de controle por parte da sociedade internacional e o uso da tortura crescia consideravelmente.

É nesse contexto que seria possível identificar a primeira fase do processo de emergência de uma norma de direito internacional dos direitos humanos acerca da tortura: a atividade de *fact-finding* iniciada pela Anistia Internacional (AI). Um golpe militar na Grécia, em 1967, fez com que o uso da tortura fosse significativamente ampliado naquele país e chamasse atenção da comunidade internacional. Em dezembro daquele ano, a AI enviou sua própria missão para o país, a fim de recolher documentação confiável das então não-confirmadas alegações de tortura, objetivo que foi alcançado e sistematizado em um relatório publicado em 1968²⁴⁷. Além de ter documentado o uso da tortura, a ONG descobriu que a prática fazia parte da política oficial do governo. O relatório foi submetido à Comissão Sobre Direitos Humanos da ONU, muito embora não tenha resultado em ações relevantes por parte desta Organização. Contudo, esse era apenas o estopim de uma série de atividades que a ONG iria levar adiante acerca do tema.

Ao lado da Anistia Internacional, ONGs como a Cruz Vermelha Internacional e a Comissão Internacional de Juristas também trabalharam intensivamente ao longo da década de 1970 no combate à prática da tortura²⁴⁸. Qualquer informação apurada e confiável acerca dos abusos relacionados à tortura era extremamente difícil de ser obtida, visto que o fato geralmente não era presenciado por testemunhas e que as torturas psicológicas, amplamente realizadas, não deixavam marcas visíveis nas vítimas. Essas ONGs, portanto, realizavam um trabalho crucial na criação de uma consciência global a respeito do tema e, principalmente, no trabalho de jogar luz sobre os acontecimentos, atraindo-os para o cenário internacional, colhendo informações confiáveis e de primeira mão.

Em dezembro de 1972, a ONG Anistia Internacional (*International Amnesty* ou, doravante, simplesmente Anistia), lançou uma Campanha para a Abolição da Tortura, com o objetivo de estimular um “movimento em um afã de despertar a consciência pública ao redor do mundo para a epidemia de tortura sistemática pelos governos, para um programa de ação concreta a fim de erradicá-la”²⁴⁹. No ano seguinte, a ONG publicaria um relevante

²⁴⁷ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 37.

²⁴⁸ CENKO, B. *Establishing a Place at the Table: The Growing Influence of Non-Governmental Organizations in International Negotiations*. University of Michigan, 2012. p. 50.

²⁴⁹ *Annual Report 1973-1974*. Amnesty International. p. 13. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/>

²⁴⁹ [ar/library/asset/POL10/001/1974/en/082dd4a9-28fe-4e8a-ac39-b076ba1dbd9e/pol100011974eng.pdf](http://www.amnesty.org/ar/library/asset/POL10/001/1974/en/082dd4a9-28fe-4e8a-ac39-b076ba1dbd9e/pol100011974eng.pdf)>. Acesso em junho de 2014. Do original: “[...] from a drive to arouse public consciousness throughout the world to the epidemic of systematic torture by governments, into a concrete action program to eradicate it”.

Relatório²⁵⁰ acerca do uso da tortura pelos governos como meio de impulsionar o lançamento da Campanha. O Relatório foi a primeira revisão internacional geral acerca do assunto e tornou-se definitivo no que dizia respeito à denúncia da consolidação da prática da tortura entre os governos. Em uma análise *country by country*, a Anistia mostrou que a tortura havia se tornado sobretudo um modo de governo, e que grande parte dessas atividades eram realizadas por forças militares que haviam assumido responsabilidade pela segurança interna dos países. Segundo palavras extraídas daquele Relatório,

A tortura, hoje, é essencialmente uma atividade estatal. [...] O amplo uso da tortura é alarmante em si mesmo, mas o que é especialmente alarmante é que o consenso contra a tortura está sendo enfraquecido não apenas por sua constante violação mas pela [indiferença] das pessoas em geral. [...] Hoje é aparente que muito da tortura estatal é levada a efeito pelas forças militares [...] que substituem a polícia civil em questões de segurança política.²⁵¹

Entre outros fatores, foram abordados a trajetória histórica da tortura e as dificuldades de uma definição jurídica do conceito. Por fim, a Anistia procurou defender a crueldade inerente à tortura e sua conseqüente proibição absoluta no sistema jurídico internacional, pois, sempre que a tortura era empregada, os meios inevitavelmente corrompiam o fim²⁵². No documento, mais de 60 países eram citados e abordados como locais em que a prática da tortura era evidente. A ONG ainda descobriu uma tendência para a internacionalização da tortura, com fornecimento de *experts*, treinamentos, informação e equipamentos por parte de países industrializados para seus aliados²⁵³. Acerca do impacto do Relatório no meio internacional, a título de ilustração, após a sua publicação, o governo brasileiro proibiu qualquer menção à Anistia Internacional por parte da imprensa nacional²⁵⁴ (o que dá certa conta da relevância desse tipo de documento para a política dos Estados). Conforme a análise de Clark,

Uma campanha contra a tortura tinha o potencial não apenas de criar uma consciência internacional renovada sobre a tortura, mas também de reviver, aprofundar e estender o consenso normativo internacional contra ela.²⁵⁵

²⁵⁰ *Amnesty International Report on Torture*. 1973. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT40/001/1973/en/d1d865a7-8424-4bd3-a90d-aaee85622efe/act400011973eng.pdf>. Acesso em junho de 2014.

²⁵¹ *Ibidem*. p. 18-19. Do original: “Torture today is essentially a state activity. [...] The widespread use of torture is alarming in itself, but what is especially alarming is that the consensus against torture is being weakened not only by its constant violation but by the [indifference] of people in general. [...] It is apparent today that much of state torture is carried out by the military forces [...] who displace the civil police in matters of political security.”

²⁵² LIPPMAN sobre o Relatório, 1994, *op. cit.*, p. 295.

²⁵³ *Ibidem*, p. 296.

²⁵⁴ *Amnesty International 1961-1976. A Chronology*. London: Amnesty International, 1976.

²⁵⁵ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 41. Do original: “A campaign against torture had the potential not only to create renewed international awareness of torture, but also to revive, deepen, and extend the international normative consensus against it”.

A publicação de um relatório dessa natureza para a discussão e o enquadramento dos fatos, a fim de buscar a construção de um consenso, caracterizaria a segunda fase da emergência de normas no âmbito da ONU. Uma das principais estratégias da Anistia Internacional, portanto, foi a disponibilização de informação geral, confiável e esclarecedora acerca da tortura ao redor do mundo.

Através da organização de uma série de conferências regionais durante a campanha lançada, os esforços da ONG no sentido de reunir os *experts* e o público em torno do problema, a fim de estudá-lo e compreendê-lo, foram outra estratégia da ONG nessa fase do processo. “Por exemplo, Niall MacDermot [...] chefe da Comissão Internacional de Juristas, organizou uma reunião sediada pela seção britânica da AI sobre ‘as leis atuais e os remédios, e suas inadequações’ relacionadas à tortura”²⁵⁶. Essas reuniões contavam com a presença de representantes de diversas organizações (governamentais e não governamentais).

Esse movimento desembocaria em uma Conferência Mundial realizada pela Anistia em Paris, em dezembro de 1973, a fim de reforçar a oposição à tortura e a criação de uma consciência pública internacional acerca do tema²⁵⁷. Essa Conferência reuniu entre 250 e 300 *experts* e delegados, divididos em quatro comissões, a fim de detalhar propostas acerca do melhor modo de combater a tortura. O relatório final do encontro estabeleceu a agenda da AI para a futura construção de normas acerca do assunto.

A Campanha Contra a Tortura, lançada em 1972 pela AI, mostrou-se surpreendentemente relevante, e

[...] despertou o problema da tortura ao redor do mundo entre os governos e o público. [...] os esforços de publicidade da Campanha Contra a Tortura não apenas ajudaram a construir um maior consenso para novas normas jurídicas, mas também aumentaram os *links* da AI com o público, com os governos e outros grupos relacionados aos direitos, e ampliaram a capacidade da AI para o *lobbying*.²⁵⁸

Deve-se, em grande parte, a essa iniciativa da AI o fato de a questão da tortura ter passado definitivamente do plano político internacional para o consenso acerca de uma necessidade de construção normativa sobre o problema. As informações valiosas e relevantes, que mostraram fatos antes escondidos do público, bem como a utilidade de conferências

²⁵⁶ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 43. Do original: “For example, Niall MacDermot, [...] head of the ICJ, addressed a meeting hosted by AI’s british section on the ‘present laws and remedies, and ther inadequacies’ with regard to torture”.

²⁵⁷ *Amnesty International. Conference for the Abolition of Torture: Final Report*, 1973.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 45. Do original: “CAT thus raised the issue of torture worldwide among governments and the public. [...] the publicity efforts of CAT did not only help to build a broader consensus for new legal norms, but they also increased AI’s links with the public, governments, and other rights-related groups, and broadened AI’s capacity for lobbying”.

planejadas e workshops reunindo *experts* jurídicos para se debruçarem sobre o problema, estudá-lo e formularem propostas para serem implementadas, fizeram com que a Campanha Contra a Tortura fosse considerada “um dos mais claramente documentados exemplos do impacto positivo da atividade das ONGs na emergência de normas globais”²⁵⁹.

Em seguida, a ONG anunciou que trabalharia no sentido de implementar diversas propostas, como códigos de conduta que proibissem o envolvimento de profissionais da saúde, policiais e da área jurídica em práticas de tortura²⁶⁰, o que gerou resultados significativos nos anos seguintes²⁶¹, até mesmo com uma Resolução emanada pela Assembleia Geral da ONU acerca do tema²⁶². Em 1973, por exemplo, o Primeiro Ministro dinamarquês já externalizava, em uma reunião da Assembleia Geral da ONU, que estava “alarmado pelos muitos relatórios de tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes de seres humanos”²⁶³.

A partir daí, a Anistia Internacional começou a persuadir a ONU a adotar uma Declaração sobre o tema²⁶⁴. Muito embora as ONGs não tivessem tido acesso a essa fase de negociações acerca de um instrumento jurídico internacional contra a tortura, seus relatórios foram regularmente referenciados nas discussões entre os Estados para a adoção de uma Declaração sobre o assunto. Segundo a manifestação da Alemanha em uma das sessões de negociação, por exemplo, “as organizações não governamentais e a mídia de massas sustentaram que a tortura era ‘uma das mais sérias e amplamente utilizadas formas de tratamento doentio de seres humanos nos dias atuais’”²⁶⁵. Além da Alemanha, delegações da Suécia, da Dinamarca e da Holanda fizeram referências aos relatórios das ONGs.

A partir de uma proposta da Suécia, patrocinada pela Anistia Internacional e apoiada pela Dinamarca, pela Áustria, pela Holanda e pela Irlanda, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução n. 3059, de 1973, em cujo preâmbulo era possível ver que uma das

²⁵⁹ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 53. Do original: “CAT is one of the most clearly documented examples of the positive impact of NGO activity on global norm emergence”.

²⁶⁰ LIPPMAN, 1994, *op. cit.*, p. 296.

²⁶¹ Ver: HEIJDER, *Alfred* et VAN GEUNS, Herman. *Professional Codes of Ethics*, 1976; Declaration Of Tokyo Of The World Medical Association, 1975.

²⁶² Resolução da Assembleia Geral da ONU 34/169. Código de Conduta para Policiais (Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei).

²⁶³ GAOR, 2128ª Reunião, 1973. Par. 106. Do original: “We are alarmed by the many reports of torture or other cruel or degrading treatment of human being [...]”.

²⁶⁴ LIPPMAN, 1994, *op. cit.*, p. 307. “Amnesty persuaded the United Nations to adopt the 1975 Declaration on Torture”.

²⁶⁵ A/C.3/SR.2064, p. 15. *apud* CENKO, 2012, *op. cit.* Do original: “non-governmental organizations and the mass media maintained that torture was ‘one of the most serious and widespread forms of ill-treatment of human beings at the present day’”.

motivações do documento era que “o assunto vinha sendo trazido perante os vários órgãos que lidam com direitos humanos, através de vários relatórios relacionados a violações de direitos humanos e liberdades fundamentais”²⁶⁶. O objeto da Resolução foi a decisão da Assembleia de “examinar a questão da tortura” em uma futura sessão. Em 1975, por iniciativa da delegação holandesa, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU a declaração não-vinculante acerca da Proteção de todas as Pessoas de Serem Sujeitadas a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Declaração sobre a Tortura)²⁶⁷. Sobre o documento adotado, tem-se que

Pela primeira vez, essa declaração forneceu uma definição de tortura em instrumentos internacionais. Substantivamente, a declaração reafirmou a gravidade da tortura como uma violação de direitos humanos, e propôs ações específicas que os estados deveriam tomar para prevenir a tortura. Ela não classificou explicitamente a tortura como um crime internacional, como a AI tinha originalmente desejado. [...] muito embora uma declaração fosse um importante passo em condenar a tortura, uma convenção internacional contra ela era o objetivo final.²⁶⁸

Junto com a Declaração sobre a Tortura, a Assembleia Geral aprovou a Resolução n. 3453, em 1975, cujo objeto foi requisitar à Comissão sobre Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social que estudasse o assunto para promover a efetiva observância da Declaração e a formulação de uma série de princípios para a proteção de detentos de prisioneiros²⁶⁹. A Resolução 32/62²⁷⁰, por sua vez, aprovada em 1977 e proposta por iniciativa da Suécia²⁷¹, tendo em conta o trabalho que vinha sendo feito pela CSDH com base na resolução anterior, requisitou-lhe a redação de uma convenção juridicamente vinculante contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

A ONG Comissão Internacional de Juristas (CIJ) também teve participação nos processos que culminaram na aprovação da Convenção Contra a Tortura. Após a atuação da Anistia Internacional no sentido de despertar a consciência internacional para o assunto, Niall MacDermot, então Secretário-Geral da CIJ, começou a advogar por proteção jurídica

²⁶⁶ Resolução n. 3059/1973, GA. Do original: “*Bearing in mind* that this subject has been brought before various organs dealing with human rights, through various reports relating to violations of human rights and fundamental freedoms”.

²⁶⁷ Resolução 34/52, 30ª sessão.

²⁶⁸ CLARK, 2001, *op. cit.*, pp. 58-59. Do original: “For the first time, this declaration provided a definition of torture in international instruments. Substantively, the declaration reaffirmed the gravity of torture as a violation of human rights, and proposed specific actions that states should take to prevent torture. It did not explicitly classify torture as an international crime, as AI had originally wished. [...] although a declaration would be an important step in outlawing torture, an international convention against torture was the ultimate goal”.

²⁶⁹ Resolução 3452/1975, GA.

²⁷⁰ Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/62&Lang=E&A

²⁷⁰ rea=RESOLUTION. Acesso em junho de 2014.

²⁷¹ A Suécia considerou que a ONU não deveria se limitar à Declaração sobre a Tortura, mas deveria se mover em direção a um documento juridicamente vinculante. Doc. da ONU A/C.3/32/SR.35.

internacional às vítimas de tortura e outros tratamentos degradantes. A CIJ encaminhou à ONU 27 princípios que deveriam governar os processos de interrogatórios governamentais, detentos administrativos, controle judicial, assistência jurídica, acesso por parentes e remédios²⁷². “MacDermot serviu também em um comitê que preparou a Declaração Contra a Tortura, que foi adotada pela Assembleia Geral em 1975”²⁷³. Depois que a Declaração foi aprovada, os esforços se concentraram na adoção de um instrumento juridicamente vinculante. Segundo Tolley,

Na década seguinte, a CIJ ajudou a redigir uma convenção da ONU sobre a tortura [...]. Auxiliado por seis *experts* na Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) em Siracusa, Itália, MacDermot preparou uma convenção para consideração pela Comissão sobre Direitos Humanos da ONU. [...] Durante seis anos de deliberações da Comissão, MacDermot colaborou com *experts* da AI, do Comitê da Cruz Vermelha Internacional, e do Conselho Mundial de Igrejas para trabalhar para o texto final mais forte possível. Como plenos participantes nos encontros do grupo de trabalho sobre tortura da Comissão, os *experts* das ONGs altamente respeitados forneceram valiosos conselhos aos negociadores governamentais²⁷⁴.

Nos anos que se seguiram, a CSDH requisitou ao ECOSOC que formasse um grupo de trabalho voltado à redação de uma convenção, um grupo de natureza *open-ended*, cujas decisões acerca do texto deveriam ser todas tomadas por consenso – o que é próprio às características desses grupos²⁷⁵. As ONGs que possuíssem *status* consultivo no ECOSOC poderiam participar das reuniões, bem como os Estados membros da CSDH e, até mesmo, Estados que não fossem membros.

As discussões oficiais acerca de uma convenção começaram em Genebra, 1979. Nessa terceira fase do processo de elaboração de uma Convenção Internacional, consistente na construção de normas, havia três projetos que haviam sido propostos para discussão, por três entidades diferentes: um patrocinado pelo governo sueco e outros dois por ONGs – um da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e outro do Comitê Suíço Contra a Tortura (de Jean-Jacques Gautier). Este último foi logo considerado como de maior valia para um possível futuro protocolo opcional à convenção (mediante proposta do Secretário-Geral da

²⁷² Isso foi durante o 5º Congresso da ONU sobre a Prevenção de Crimes e Tratamentos aos Ofensores. Mais em: TOLLEY JR., Howard B. *The International Commission of Jurists: Global Advocates for Human Rights*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1994. pp. 167-170.

²⁷³ *Ibidem*, p. 167. Do original: “MacDermot served on a committee that prepared a Declaration Against Torture, which was adopted by the General Assembly in 1975”.

²⁷⁴ CLARK, 2001, *op. cit.* Do original: “In the following decade, the ICJ helped draft a U.N. torture convention [...]. Assisted by six experts at the Institute for International Penal Law (IAPL) in Siracusa, Italy, MacDermot drafted a convention for consideration by the U.N. Commission on Human Rights. [...] During six years of Commission deliberations, MacDermot collaborated with experts from A.I., the ICRC, and the World Council of Churches to work for the strongest possible final text. As full participants in meetings of the Commission working group on torture, the highly respected NGO experts provided valued advice to the government negotiators.”

²⁷⁵ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 77.

ICJ, MacDermot), visto que tratava da inspeção dos locais de detenção, medida de implementação geralmente direcionada a protocolos dessa natureza. Resultado da consulta a numerosos *experts* e de diversos encontros para estudos acerca da matéria, o projeto de convenção da AIDP ganhou lugar de destaque nas negociações²⁷⁶.

Assim, com fundamento na Declaração Sobre a Tortura, e baseado essencialmente na proposta submetida pela Associação Internacional de Direito Penal²⁷⁷, em cooperação com outras ONGs, o governo sueco submeteu uma proposta de convenção que seria a base da maioria das deliberações do grupo de trabalho estabelecido sob o ECOSOC²⁷⁸. Segundo um estudo sobre a história da AIDP, esta talvez tenha sido sua “maior contribuição” na área do direito penal internacional: submeter uma proposta de convenção que se incorporou ao projeto²⁷⁹ que seria oficialmente enviado para aprovação, por meio do governo sueco. De acordo com os registros históricos da AIDP, após a Resolução da Assembleia Geral que determinou a redação de uma Convenção,

[...] a Associação patrocinou um comitê de *experts* sob a liderança de seu Secretário-Geral para preparar um Projeto de Convenção sobre a Prevenção e Supressão da Tortura. Essa convenção foi o trabalho de um grupo de distintos *experts* do mundo que se encontraram no Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciência Criminal, em Siracusa. O projeto foi então submetido às Nações Unidas em fevereiro, 1978, junto com documentos e relatórios relacionados acerca do tema da tortura, os quais foram publicados na *Revue* e foram amplamente disseminados. Em dezembro de 1984, as Nações Unidas adotaram uma convenção cujo texto [seria] substancialmente similar ao preparado pelo comitê de *experts*.²⁸⁰

“No fim, o projeto sueco serviu como o documento de base no processo de elaboração, e partes do projeto da AIDP foram incorporadas”²⁸¹ a ele. Em 1980, a AIDP, em conjunto com a AI e com a CIJ, promoveram a realização de um painel para discussão do

²⁷⁶ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 59.

²⁷⁷ Doc. da ONU E/CN.4/NGO/213.

²⁷⁸ Ver: Doc. da ONU E/CN.4/1285; Doc. da ONU E/CN.4/1409; CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁹ Ver: BASSIOUNI, 1989, *op. cit.*, p. 5; DANELIUS, Hans et BURGERS, Herman. *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1988; Doc. da ONU E/CN.4/WG.I/WP.I.

²⁸⁰ BASSIOUNI, Cherif. *AIDP: International Association of Penal Law: Over a Century of Dedication to Criminal Justice and Human Rights*. DePaul Law Review, vol. 38, 1989. p. 12. Do original: “In furtherance of the General Assembly's anti-torture resolution, the Association has sponsored a committee of experts under the chairmanship of its Secretary-General to prepare a Draft Convention on the Prevention and Suppression of Torture. This convention was the work of a group of distinguished world experts who met at the International Institute of Higher Studies in Criminal Science in Siracusa. The draft was then submitted to the United Nations in February, 1978, along with related reports and documents on the subject of torture, which were published in the *Revue* and disseminated widely. In December of 1984, the United Nations adopted a convention whose text is substantially similar to the one prepared by the committee of experts.”

²⁸¹ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 61. Do original: “In the end, the Swedish draft served as the basic document in the drafting process, and partes of the IAPL draft were incorporated”.

projeto da Convenção sobre a Prevenção e Supressão da Tortura, que tinha sido apresentada pela AIDP e pela CIJ à ONU²⁸².

Enquanto a Anistia Internacional vinha participando e influenciando as negociações através de seus *fact-finding reports* acerca da tortura ao redor do mundo, pressionando os Estados que lançavam mão da prática e produzindo informações que de outro modo não lhes estariam disponíveis, outras ONGs influenciavam os processos de *decision-making* fornecendo subsídios técnicos e especializados, gerando conteúdo técnico-jurídico sobre os quais os Estados se debruçariam na elaboração de um texto normativo, como foi o caso da Associação Internacional de Direito Penal e da Comissão Internacional de Juristas. Essas e outras ONGs participaram ativamente do processo de elaboração da Convenção, principalmente estudando e submetendo propostas de redação ao grupo de trabalho montado no âmbito do ECOSOC. Segundo Cenko,

Muito embora a Anistia Internacional não tenha submetido propostas específicas durante as negociações, outras ONGs submeteram propostas de convenções. A Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em cooperação com a Comissão Internacional de Juristas (CIJ), patrocinaram a preparação de uma minuta de convenção declarando a tortura como crime no direito internacional. Ela foi submetida à ONU em 15 de janeiro de 1978. Jean-Jacques Gautier, depois de estudar a tortura, concluiu que o único método combativo eficiente seria “um sistema de inspeção através de visitas regulares a todos os lugares de detenção”. Através de sua própria ONG, Gautier organizou um encontro de *experts* para preparar uma primeira proposta de uma *Convenção Relacionada ao Tratamento de Pessoas Privadas de sua Liberdade*.²⁸³

Naquele momento, as principais preocupações das ONGs quanto aos dispositivos da nova convenção que vinha sendo negociada eram: a obrigação dos estados de extraditar os torturadores; a universalidade da jurisdição²⁸⁴; um efetivo mecanismo de implementação do tratado; extensão das provisões relevantes aos maus-tratos; e a reabilitação das vítimas²⁸⁵. Dentre esses, talvez o aspecto mais crucial foi a universalidade de jurisdição, pois dizia

²⁸² BASSIOUNI, Cherif. *The Contribution of Specialized Institutes and Non-Governmental Organizations to the United Nations Criminal Justice Program*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 289.

²⁸³ 2012, *op. cit.*, p. 78. Do original: “Although AI does not submit specific drafts during negotiations, other NGOs did submit draft conventions. The International Association of Penal Law (IAPL), in cooperation with the ICJ, sponsored the preparation of a draft convention declaring torture a crime under international law. It was submitted to the UN on January 15, 1978. Jean-Jacques Gautier, after studying torture, concluded that the only effective combative means is “a system of inspection through regular visits to all places of detention.” Through the his own NGO, Gautier convened a meeting of experts to prepare a first draft of a *Convention concerning the Treatment of Persons Deprived of their Liberty*.” Proposta de Gautier: <http://www.apl.ch/en/the-gautier-proposal/>.

²⁸⁴ Segundo Higgins, jurisdição universal é aquela que se caracteriza quando a natureza do ato autoriza um Estado a exercer sua jurisdição a fim de aplicar suas leis, mesmo se o ato tiver ocorrido for a de seu território, mesmo se tiver sido perpetrado por um não-nacional e mesmo se nacionais não tiverem sido prejudicados pelo ato. HIGGINS, 1994, *op. cit.*, p. 57.

²⁸⁵ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 79.

respeito diretamente à relação entre o direito internacional e a soberania dos Estados, zona em que a influência e a participação das ONGs se mostraria ainda mais curiosa e instigante.

Entre 1978 e 1979, o grupo de trabalho responsável pela redação do projeto solicitou ao Secretário-Geral que enviasse a proposta para a Assembleia Geral, a fim de que os Estados pudessem emitir seus pareceres acerca da minuta apresentada pelo governo sueco²⁸⁶. Cerca de 17 comentários foram feitos por parte dos Estados. Segundo Cenko, “muitos Estados estavam relutantes a permitir a jurisdição universal por medo de perderem algum grau de soberania nacional. Os líderes desses estados que usavam a tortura temiam [entre outras coisas] que eles pudessem ser extraditados e julgados em uma corte estrangeira”²⁸⁷. Durante essa fase de negociações, a participação das ONGs foi limitada. Por mais que elas fossem autorizadas a observar os procedimentos, a sua participação direta ficava subordinada ao convite de um Estado-membro. Em 1979, por exemplo, a Anistia Internacional foi convidada a uma sessão para “especular sobre como os direitos humanos iriam tomar lugar na ONU”²⁸⁸.

Pouco progresso pôde ser visto nas negociações no que dizia respeito aos assuntos vinculados à soberania dos Estados até 1982. As ONGs, diante do cenário, resolveram alterar a estratégia que vinham utilizando: “em vez de focar em obter consenso [característica própria do grupo de trabalho *open-ended*], elas iriam identificar certos assuntos-chave e explorar diferentes soluções”²⁸⁹. Em vez de apresentar os assuntos para o grupo de trabalho (que tinha a obrigação de chegar a um consenso sobre todas as matérias), as ONGs apresentariam suas sugestões diretamente à CSDH e à Assembleia Geral, corpos que tinham a prerrogativa de colocar cada assunto em votação e decidir não necessariamente por consenso, mas por maioria. A essa altura, a proposta sueca já tinha apoio de vários Estados, entre os quais estavam a Holanda, a França, os Estados Unidos e a Austrália.

Muito embora estivesse relativamente à margem das negociações oficiais sobre a construção de normas, a AI não deixou de influenciar o processo por outros meios. No auge das negociações, em 1984, a Anistia Internacional publicou um segundo relatório global acerca da tortura, nos moldes daquele confeccionado em 1973, chamado “Tortura nos Anos

²⁸⁶ Decisão do Conselho Econômico e Social da ONU n. 1978/24.

²⁸⁷ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 80. Do original: “Many states were reluctant to allow universal jurisdiction for fear of losing some degree of national sovereignty. The leaders of those states using torture feared that they could be extradited and tried in a foreign court.”

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 80. Do original: “[...] to speculate about how human rights would fare at the UN”.

²⁸⁹ Cf. Doc. da ONU: E/CN.4/1982/L.40. *Ibidem*, p. 81. Do original: “[...] instead of focusing on achieving consensus, it would identify certain key issues and explore different solutions.”

Oitenta”²⁹⁰ (*Torture in the Eighties*). Muito embora a ONG tenha persuadido a ONU naqueles anos anteriores para adoção da Declaração Sobre Tortura, o segundo relatório reconheceu a ineficácia da Declaração aprovada na ONU em 1975. O espectro de países nele abordados aumentou de 60 para 98. A principal recomendação da Anistia Internacional²⁹¹, ao final do relatório, foi a adoção da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que vinha sendo negociada no âmbito da Comissão Sobre Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social da ONU.

Com severas críticas aos projetos que vinham sendo discutidos, o novo Relatório da AI, a partir da familiaridade desta Organização com o processo de elaboração da convenção, trouxe significativas críticas aos pontos fracos das propostas até então apresentadas. Especialmente, a ONG mencionou que a expressão “sanções legais”, constante do Artigo 1 do projeto sueco, seria uma válvula de escape aos governos, visto que poderiam legislar punições que, ainda que legais, configurassem atos de tortura; depois, reforçou a necessidade de jurisdição universal, para que não houvesse “porto seguro” a torturadores; pugnou pela aplicação de todos os artigos da convenção à tortura e outros tratamentos degradantes, visto que o ponto não estava claro; e demandou mecanismos de implementação não opcionais²⁹².

Ainda mais impactantes do que o primeiro documento, os *fact-findings reports* trazidos nesse segundo relatório emitido pela ONG deixaram claro que a tortura, a despeito das medidas tomadas, continuava sendo um problema crescente, preocupante e amplamente presente na comunidade internacional. O relatório sobre a Tortura nos Anos Oitenta, preparado pela AI, foi um importante instrumento de pressão das ONGs na fase que se mostrava crucial para a aprovação da Convenção que vinha sendo negociada. “Depois dessa pressão, o grupo de trabalho foi capaz de obter consenso em quase todas as provisões da proposta de convenção, incluindo a jurisdição universal”²⁹³. A aprovação da convenção, naquele ano, foi classificada como assunto de alta prioridade pelo ECOSOC, a pedido da CSDH, quando enviou o projeto para ser analisado pela Assembleia Geral²⁹⁴.

Ainda naquele ano, no debate final levado a efeito na Comissão sobre Direitos Humanos acerca da proposta feita pelo grupo de trabalho, as ONGs tiveram notável

²⁹⁰ Amnesty International. *Torture In The Eighties*, 1984. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT40/001/1984/en/66491fc3-a18f-4ed5-8bd5-074d0a8a9130/act400011984eng.pdf>. Acesso em junho de 2014.

²⁹¹ *Ibidem*. p. 249.

²⁹² CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 63.

²⁹³ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 82. Do original: “Following this pressure, the working group was able to achieve consensus on almost all the provisions of the draft convention, including universal jurisdiction.”

²⁹⁴ Decisão ECOSOC n. 1984/134.

participação: a Anistia Internacional, a Associação Internacional de Direito Penal e a Comissão Internacional de Juristas fizeram declarações. É digno de nota o fato de que o Secretário-Geral da Anistia Internacional fez suas declarações perante toda a Comissão²⁹⁵. Com as propostas anexas e os relatórios do grupo de trabalho, a Comissão decidiu enviar os documentos à Assembleia Geral para resolver as pendências finais (acerca dos artigos 19 e 20) e aprovar o projeto. Em dezembro de 1984, a Assembleia Geral adotou o projeto de resolução que abriu a Convenção para assinatura, ratificação e acessão por parte dos Estados interessados²⁹⁶. A jurisdição universal acabou incluída na convenção.

Entretanto, certos atributos podem ser reconhecidos aos recursos obtidos pelas ONGs para que cumprissem adequadamente seu propósito, qual seja, o de despertar consciência sobre o assunto, iniciar o processo de estabelecimento de normas internacionais a respeito do tema e, também, nomear e culpar os Estados que as violassem. Quais foram os atributos das atividades das ONGs que, nesse caso, fizeram com que sua participação fosse significativa na redação da Convenção Contra a Tortura no âmbito da ONU?

Em primeiro lugar, “o sucesso de uma *network* transnacional para criar mudanças sociais [e jurídicas] é dependente de sua habilidade de enquadrar o assunto [*frame the issue*] de uma maneira que ressoe em seu público-alvo”²⁹⁷. Uma das respostas à questão levantada, portanto, é observar a forma em que os relatórios são estruturados – *the way in which they frame the question*. A primeira parte, geralmente, contém uma análise do problema em uma perspectiva ampla, passando por sua definição, pela delimitação do assunto sobre o qual o relatório irá tratar²⁹⁸. “Essa seção de abertura serve ao duplo propósito de prover informações e ativar a resposta emocional do leitor”²⁹⁹. Serve, também, para esboçar um quadro teórico no interior do qual serão enquadradas as questões específicas.

A segunda grande seção dos relatórios geralmente trata de uma prestação de contas acerca de como toda a informação foi reunida e verificada. “A maioria da informação encontrada nesses relatórios vem de entrevistas com as vítimas e, no caso de tortura, de

²⁹⁵ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 83.

²⁹⁶ Doc. da ONU A/C.3/39/L.40 e Resolução da Assembleia Geral n. 39/46/1984, disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/39/46&Lang=E&Area=RESOLUTION. Acesso em junho de 2014.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 56. Do original: “[...] scholars theorize that the success of a transnational network to create social change is dependent on its ability to frame the issue in a way that resonates with its intended audience.”

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 56.

²⁹⁹ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 60. Do original: “This opening section serves the dual purpose of providing information and activating an emotional response from the reader.”

detentos e prisioneiros”³⁰⁰. A fim de serem consideradas como instituições legítimas perante a comunidade internacional, as ONGs precisam investir um bom tempo na explicação de seus métodos e suas fontes, especialmente quando as ações denunciadas partem dos Estados.

A terceira seção é normalmente dedicada à análise de casos específicos, de preferência em escala global. Trata-se de realizar uma pormenorizada descrição acerca do que efetivamente acontece no campo de pesquisa dessas instituições. “Essa terceira seção usualmente toma o maior espaço no relatório, o que é lógico visto que em primeiro lugar as *networks* das ONGs estão focadas em despertar atenção para o assunto”³⁰¹.

A quarta e última seção, por fim, traz uma análise dos fatos dentro do quadro teórico enunciado nas primeiras seções, a fim de gerar conclusões gerais sobre o tema. Segundo a análise de Cenko,

As conclusões que as ONGs tomam e as subsequentes recomendações que elas fazem nessa seção final são um modo mais direto para o público geral a fim de fazer os Estados saberem qual comportamento elas consideram abusivo. Portanto, esses padrões frequentemente servem como a base para o estabelecimento de padrões que irão aparecer em um tratado da ONU.³⁰²

Esse, portanto, é o modo de ação das ONGs na fase anterior à negociação das normas propriamente ditas – fase de *fact-finding* e despertar de consciência. O modo como a Anistia Internacional enquadrou a situação da tortura ao redor do planeta, de fato, foi a primeira ação concreta da ONG na busca por um padrão normativo internacional acerca do assunto que gerou um certo desconforto nos Estados. A Declaração Sobre a Tortura da ONU, aprovada em 1975, foi a primeira condenação internacional da tortura. No entanto, tratava-se de um instrumento que, além de conter importantes limitações no seu conteúdo, não gerava vínculo jurídico aos Estados. Em 1976, a Anistia Internacional publicou outro relatório acerca das alegações de tortura especificamente no Brasil³⁰³ e, por volta do mesmo ano, emitiu mais relatórios referentes às práticas de tortura em outros países, tais como Argentina, África do Sul, Inglaterra, Uganda, entre outros.

Todas as informações reunidas e coletadas pela Anistia Internacional (e por outras ONGs) fizeram com que elas ganhassem acesso às negociações acerca do tema no âmbito da

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 61. Do original: “The majority of the information found in these reports comes from interviews of victims, and, in the case of torture, from personal detainees and prisoners.”

³⁰¹ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 64. Do original: “This third section usually takes the most space in the report, which is logical since in the beginning NGO networks are focused on bringing attention to the issue.”

³⁰² *Ibidem*, pp. 66-67. Do original: “The conclusions that NGOs draw and subsequent recommendations that they make in this final section are a more direct way for the general public to let states know what behavior they deem abusive. Thus, these standards often serve as the basis for establishing the standards that will appear in a UN treaty.”

³⁰³ *Amnesty International. Report on Allegations of Torture in Brazil, 1976.*

ONU. “As ONGs ganham acesso às negociações porque elas possuem informações que não estão disponíveis aos Estados”³⁰⁴. Quando a comunidade internacional reconhece a legitimidade dos relatórios publicados pelas ONGs – particularmente por causa do modo claro e frequentemente bem explicado pelo qual elas reuniram as informações –, essa aceitação possibilita o seu acesso às negociações: suas informações e também suas opiniões adentram às salas de decisão, ainda que as organizações, em si, estejam banidas dos procedimentos ou não possuam poder de voto³⁰⁵. Os dados coletados e trazidos pelas ONGs foram regularmente referenciados nos processos de negociação da Convenção³⁰⁶, o que sugere que o *input* levado a efeito pelas ONGs foi, em alguma medida, um fator que influenciou o *output* normativo final.

Ao final do processo, Clark e outros chegaram a reconhecer a importância das ONGs como um motor de ignição no desenvolvimento das normas sobre a tortura, afirmando que “sem a campanha da Anistia Internacional contra a tortura, não teria havido Convenção Contra a Tortura da ONU”³⁰⁷. Nesse sentido,

As pesquisas da AI serviram como um recurso informacional e o baluarte de sua reputação para a independência e a imparcialidade, permitindo à Anistia influenciar e construir consenso sobre a necessidade de normas. [...] [Depois,] o *expertise* técnico foi o mais importante durante a fase de construção de normas, quando as ONGs tinham que trabalhar com os governos para alcançar novas normas formais. Os contatos estabelecidos com as elites durante as atividades de construção de consenso também melhoraram a capacidade da Anistia de promover a emergência de normas³⁰⁸.

Além das informações, os conhecimentos técnicos que foram determinantes na apresentação de uma proposta de Convenção por parte da Associação Internacional de Direito Penal atestam que as características de *expertise* das ONGs permitem que elas influenciem quase que diretamente o processo de produção de normas na seara internacional, visto que possuem subsídio especializado para tanto³⁰⁹. O projeto apresentado pela AIDP, levado

³⁰⁴ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 70. Do original: “NGOs gain access to negotiations because they possess information that is not available to states”.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 70.

³⁰⁶ Além das declarações já referidas, os representantes da Noruega, da Bélgica e de Luxemburgo também se referiram às informações das ONGs (A/PV.2241.83). Cf. discussões referidas acima e também CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 84.

³⁰⁷ CLARK, 2001, *op. cit.*, p. 66. Do original: “Without the antitorture campaign of AI, he said, there would have been no UN Convention against Torture”.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 67. Do original: “AI’s research served as both an informational resource and the bulwark of its reputation for independence and impartiality, enabling Amnesty to influence and build on consensus about the need for norms [...] technical expertise mattered most during the norm construction phase, when NGOs had to work with governments to achieve new formal norms. The contacts formed with elites during consensus-building activities also enhanced Amnesty’s ability to promote norm emergence.”

³⁰⁹ Nesse sentido, BETTATI, 1986, *op. cit.*, p. 18, assevera o *expertise* como uma das principais armas das ONGs no processo de participação da formação de normas internacionais. “Il est inutile d’y revenir sauf à

adiante pela delegação sueca, chegou à fase final de aprovação da norma praticamente isento de modificações substanciais, o que mostra que sua qualidade técnica permitiu que ele perdurasse como o centro das negociações. Segundo a análise de Cherneva,

Muitas organizações de direito internacional e institutos que ofereceram *expertise* no campo contribuíram para esse processo, incluindo um projeto submetido pela Associação Internacional de Direito Penal. A Convenção foi escrita somente pelos apontamentos políticos dos Estados, mas ela é um documento que teve também contribuição de *experts* jurídicos e que foi compilado no curso de mais de dez anos³¹⁰.

É interessante notar como o impacto da AIDP, na condição de uma ONG com propósitos e características eminentemente jurídicas, foi significativo, visto que se tratava do processo de elaboração de um documento especificamente jurídico, área em que a ONG detinha o *expertise* necessário para oferecer.

Além de prestar as informações e, através delas, causar certo impacto no posicionamento dos Estados acerca do assunto, bem como de realizar *lobbying* informal diretamente com os Estados e oferecer subsídios técnicos às discussões, as ONGs também utilizaram suas prerrogativas no sentido de nomear e culpar (*name and shame*) os Estados em cujos territórios a tortura era uma prática disseminada e consolidada. Através desse instrumento, determinados Estados que não tinham muita força política, mas possuíam uma “boa reputação” no contexto internacional, conseguiram persuadir os Estados maiores na direção de suas preferências³¹¹, colocando-os em posição de desvantagem diante dos relatórios que atestavam suas condutas.

Ainda, poder-se-ia alegar que o que também contribuiu para a aprovação da Convenção em 1984 foi a mudança do contexto político na América Latina, com o enfraquecimento das ditaduras militares. De fato, a mudança do contexto político certamente influenciou as negociações. No entanto, o monitoramento realizado pelas ONGs exerceu boa

signaler un dialogue permanent entre O.I.G. et O.N.G. appelées en **expertise** par les organes intergouvernementaux chargés de l’élaboration d’un texte. Cette fonction est tout particulièrement propre aux organisations professionnelles et techniques hautement qualifiées. Le Chef de la Section des O.N.G. du Département des affaires économiques et Sociales de l’O.N.U. a d’ailleurs reconnu à leur sujet, en 1980 que: ‘sans l’expérience et la compétence de ces organisations, maints projets et efforts des Nations Unies n’aboutiraient pas’”.

³¹⁰ CHERNEVA, Iveta. *The Drafting History of Article 2 of the Convention Against Torture*. Essex Human Rights Review, vol. 9, n. 1, junho 2012. p. 9. Do original: “Many international law organizations and institutes offering expertise in the field contributed to this process, including a draft submitted by the International Association of Penal Law. The Convention was written only by states’ political appointees, but it is a document also contributed to by legal experts and compiled in the course of over ten years.”

³¹¹ CENKO, 2012, *op. cit.*, p. 85.

parte dos esforços que trouxeram esse problema à luz³¹², fazendo com que ele ganhasse evidência no plano internacional e no contexto das negociações.

A informação, o *lobbying*, o conhecimento técnico e a habilidade *to name and shame* Estados, portanto, foram os principais recursos à disposição das ONGs para que estas influenciassem o processo de produção de normas na Comissão sobre Direitos Humanos. Segundo Willets, os quatro principais fatores que determinam e favorecem a influência das ONGs nesses processos de estabelecimentos de normas são os seguintes: quanto menor o corpo de *decision-making*; quanto menos público o perfil da questão em análise; quanto mais técnico o assunto e quanto mais experiência a ONG possui na área, maior sua participação material na produção da norma³¹³.

Portanto, muito embora seja difícil de determinar o impacto específico das ONGs no *output* normativo do processo de *decision-making*, não se pode deixar de reconhecer a relevância de suas participações nas discussões e o impacto geral que suas atividades tiveram no desenho do projeto final e, por consequência, na formação do direito internacional. Pois se o direito internacional, como quer Higgins, consiste em um processo contínuo de tomada de decisões, influenciado por diversos participantes, organizado em determinados fóruns e efetuado sob certas regras, a fim de gerar um resultado normativo, a participação das ONGs no processo de formação da norma, e mais especificamente da Convenção Contra a Tortura, não merece ser ignorada. Não se trata de analisar apenas a norma, mas o processo de *decision* e *law-making* como um todo, a fim de procurar também nos fenômenos caracterizados pela informalidade os fatores que influenciam e moldam a produção do direito internacional.

3.2. As ONGs no processo de elaboração do Protocolo Opcional da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não foi um instrumento juridicamente vinculante. Para que adquirissem essa prerrogativa, os direitos lá elencados necessitariam ser futuramente englobados por um tratado internacional. Por essa razão, desde o momento em que a Declaração foi aprovada, iniciaram-se esforços e negociações a fim de que uma convenção acerca do assunto fosse concretizada. Em 1966, quase vinte anos depois, dois instrumentos juridicamente vinculantes estrearam no cenário da ordem jurídica

³¹² *Ibidem*, p. 86.

³¹³ WILLETTS. *Non-Governmental Organizations in World Politics: The Construction of Global Governance*. Oxford: Routledge, 2011. p. 62.

internacional: a Convenção Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR)³¹⁴ e a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR – ou simplesmente Convenção)³¹⁵. Esta última, aprovada pela Assembleia Geral da ONU naquele ano, começou a vigorar a partir de 1976.

Depois que a Convenção sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entrou em vigor, novos objetivos relacionados a ela entraram em pauta. Um dos mais significativos se traduziu na busca pela adoção de um protocolo opcional ligado àquele tratado, para permitir a consideração de reclamações individuais relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais ali assegurados. Segundo os que advogavam a adoção desse documento, “um direito que foi internacionalmente reconhecido em um tratado mas para o qual não há procedimento ou recurso de proteção internacional pode dificilmente ser considerado um direito”³¹⁶. As discussões nesse sentido tiveram início em 1990, e, três anos depois, um projeto de protocolo opcional foi requisitado à Comissão Sobre Direitos Humanos da ONU (CSDH), em cooperação com o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC)³¹⁷.

Em 1996, o CDESC, um dos corpos subsidiários do ECOSOC, finalizou um projeto de protocolo opcional que foi apresentado à CSDH. O projeto foi submetido à Assembleia Geral, para que os Estados pudessem fazer comentários a respeito. Em 2001, um *expert* independente foi nomeado para cuidar da elaboração de uma proposta³¹⁸. No ano seguinte, Mr. Kotrane, o *expert* nomeado, apresentou seu primeiro relatório, declarando-se a favor da instituição do protocolo³¹⁹. Através da Resolução 2002/24, a CSDH renovou o mandato do *expert*, afim de que ele pudesse estudar com mais profundidade todas as questões relacionadas ao instrumento que estava sendo proposto. Na mesma oportunidade, a CSDH também decidiu que um Grupo de Trabalho *open-ended* (GTOE) (logo, consensual) seria estabelecido sobre esse tema.

³¹⁴ Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em junho de 2014.

³¹⁵ Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em junho de 2014.

³¹⁶ COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (ICJ). *Commentary on the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2010. p. 20. Disponível em: <http://icj.wplengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2009/07/Commentary-OP-ICESCR-publication-2009-eng.pdf>. Acesso em junho de 2014. Do original: “[...] a right that has been internationally recognized in a treaty but for which there is no international protection procedure or recourse can hardly be fully considered a right.”

³¹⁷ Doc. da ONU: A/Conf.157/23.

³¹⁸ Res. 2001/30 da CDH.

³¹⁹ Doc. da ONU: E/CN.4/2002/57.

Entre os anos de 2004 e 2008, o grupo de trabalho realizou suas sessões para discussão do texto e dos problemas relacionados. Em 2006, teve seu mandato renovado por mais dois anos. Isso aconteceu no mesmo ano em que a Comissão Sobre Direitos Humanos da ONU foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos (CDH), órgão não mais vinculado ao ECOSOC, mas sim à Assembleia Geral. A partir daí, o encargo da elaboração do documento passou a ser vinculado ao CDH. No ano de 2008, finalmente, o Protocolo Opcional da ICESCR foi adotado pelo CDH e, no ano seguinte, foi aberto para assinatura, ratificação ou acessão aos Estados, ocasião em que foi assinado por 29 Estados³²⁰.

Esse é o panorama geral da análise que será feita nesta subseção do trabalho acerca da participação das ONGs no processo de formação do Protocolo Opcional da Convenção Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O que será especificamente objeto de estudo é o processo de elaboração do Protocolo Opcional da ICESCR, a fim de que daí se possam extrair informações e conclusões sobre o papel das ONGs na produção das respectivas normas e na própria participação do processo. Para uma melhor análise, pode-se dividir esse processo de elaboração do Protocolo Opcional em duas etapas: a primeira ligada ao estabelecimento da agenda (*agenda-setting*) e a outra relacionada ao estabelecimento das normas (*norm-setting*)³²¹. Aquela ocorreu no âmbito da CSDH e das negociações com o *expert* independente; esta foi a que teve lugar nas discussões do Grupo de Trabalho *open-ended* e, finalmente, na Assembleia Geral da ONU.

Diferentemente do que aconteceu no processo de elaboração da Convenção Contra a Tortura, marcado por uma profunda, ampla e incisiva atividade das ONGs na fase pré-textual da criação das normas – *fact-finding* e despertamento de consciência –, a atuação e a participação das ONGs na redação do Protocolo Opcional à ICESCR adquiriu um caráter menos relacionado ao descobrimento e à exposição dos fatos e mais vinculado à influência, através de *lobbying* e *expertise*, no processo de negociações sobre a questão da necessidade de um Protocolo e, depois, no conteúdo das normas em si.

Entre 1997 e 1999, por três anos, a CSDH requisitou a Estados, organizações internacionais (OIs) e ONGs que submetessem comentários³²² acerca de um projeto do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, submetido à análise da CSDH em

³²⁰ Texto do Protocolo Opcional disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_5.htm. Mais informações disponíveis em: <http://www.escr-net.org/docs/i/421703>. Ambos acessados em junho de 2014.

³²¹ Essa análise segue a estrutura proposta por Türkelli *et alii*. NGO Impact on Law-making: The Case of a Complaints Procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child. *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 5, 2013. pp. 1-45.

³²² Resoluções E/CN.4/RES/1997/104, E/CN.4/RES/1998/33 e E/CN.4/RES/1999/25.

1997. Se até aquele ano os debates não haviam denotado consenso sobre o tema, com a resposta positiva da maioria dos Estados, das OIs e das ONGs³²³, a proposta seguiu adiante. A partir da designação de um *expert* independente³²⁴ para tratar do assunto, em 2001, as negociações acerca de um protocolo opcional de reclamações individuais começaram a experimentar uma evolução mais concreta.

Havia sido permitido às ONGs participar, formal e informalmente, das reuniões da CSDH e do CDESC. A sua participação informal na etapa de *agenda-setting*, no entanto, foi sensivelmente mais relevante do que pelas vias formais. O primeiro relatório emitido pelo *expert* independente, em 2001, não agradou as ONGs e, através do *lobbying*, essas organizações tiveram significativa participação nos fatos que se seguiram, pugnando por uma revisão do mandato do *expert*,

As ONGs fizeram um *lobbying* com sucesso na Comissão [Sobre Direitos Humanos] em 2002 para um mandato revisto e mais transparente do *expert* independente, seguindo o que havia sido considerado como um primeiro relatório desestimulante. Ao mesmo tempo, a questão do estabelecimento de um Grupo de Trabalho *Open-Ended* (GTOE) estava em pauta. Depois de intenso *lobbying* em estreita cooperação com Portugal, o patrocinador da resolução, decidiu-se sobre o mandato do *expert* e sobre o estabelecimento de um GTOE³²⁵.

Quando o *expert* foi apontado para preparar um segundo relatório acerca da questão, a CSDH expressamente requisitou que, nesse segundo documento, fossem levados em conta os comentários e as opiniões expressadas pelas ONGs acerca do tema³²⁶. É que um conjunto de ONGs³²⁷ apresentou um extenso relatório, que “sistematicamente abordou todas as omissões percebidas no relatório [do *expert* independente] e os equívocos cometidos pelo *expert*”, que foi considerado “bem sucedido em ter mudado a posição do *expert* independente consideravelmente”³²⁸. Nessa perspectiva, o descontentamento que as ONGs mostraram acerca do primeiro relatório parece ter sido reconhecido pela Comissão, que renovou o mandato do *expert*, para que os apontamentos sistematizados fossem considerados.

³²³ Report of the High Commissioner for Human Rights. Doc. da ONU: E/CN.4/2000/49.

³²⁴ Doc. da ONU: E/CN.4/RES/2001/30.

³²⁵ TÜRKELLI *et alii*, 2013, *op. cit.*, p. 7. Do original: “NGOs successfully lobbied at the Commission in 2002 for a revised and clearer mandate of the independent expert, following what was considered a disappointing first report. At the same time, the question of the establishment of an OEWG was on the table. After intense lobbying in close cooperation with Portugal, the sponsor of the resolution, a mandate for the expert was decided upon, as well as the establishment of an OEWG.”

³²⁶ Resolução 2002/24.

³²⁷ Entre as quais estavam: Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), OMCT, Centre for the Peruvian Woman Flora Tristan e 11.11.11.

³²⁸ TÜRKELLI *et alii*, 2013, *op. cit.*, p. 9. Do original: “Their report systematically addressed all the perceived omissions in the report and misunderstandings by the independent expert.” E “The 2002 NGO report was claimed in NGO circles to have been successful in changing the independent expert’s position considerably.”

Assim, na fase de *agenda-setting*, as ONGs tiveram intensa atividade em duas ocasiões específicas: na definição do mandato do *expert* depois de seu primeiro relatório e (mais tarde) no estabelecimento do Grupo de Trabalho *Open-Ended* (GTOE), atuando na resistência contra a proposta da Arábia Saudita de enfraquecer seu mandato.

Durante sua participação nesses processos jurídicos de *decision-making*, a primeira grande estratégia da atuação das ONGs com vistas à produção das normas internacionais foi o alinhamento de *frames* – isto é, de entendimentos – com certos Estados, através de *lobbying*, principalmente. Elas lançaram mão dos pontos comuns que possuíam com certos atores estatais, a fim de impulsionarem seus objetivos e sua influência no processo como um todo. Segundo Türkelli *et alii*,

Um conceito útil para determinar o impacto [das ONGs no *law-making*] é o ‘alinhamento de entendimentos [frames]’, isto é, se e até que ponto as ONGs e (alguns) estados desenvolvem entendimentos comuns ou similares, e se alinham ou se realinham. [...] Inicialmente, Portugal e Finlândia em particular eram explicitamente a favor de um Protocolo Opcional para a ICESCR. [...] Um claro alinhamento teve lugar entre as ONGs e esses dois estados [e, mais tarde, entre outros estados também].³²⁹

A maior parte da discussão nessa primeira etapa se concentrou no fator da justiciabilidade dos direitos previstos na Convenção, isto é: se realmente deveria ou não haver um protocolo opcional. Era a etapa de *agenda-setting*, na qual dever-se-ia considerar se o assunto realmente iria ou não para a pauta de negociações. Na ocasião, o *frame* comum que englobou Portugal, Finlândia e as ONGs ficou conhecido como “amigos do protocolo opcional”³³⁰, pois defendia que a questão fosse definitivamente à agenda, e o entendimento compartilhado por eles fez com que o tema entrasse de vez na rota para um resultado normativo.

O Grupo de Trabalho *Open-Ended* (GTOE), em princípio estabelecido em 2002 apenas para um encontro³³¹, teve suas atividades prolongadas em vista das discussões acerca de assuntos complicados e controversos relacionados à redação de um Protocolo Opcional. Na sua primeira sessão, que somente foi realizada no ano de 2004, houve muita discussão, principalmente no que dizia respeito, em geral, à justiciabilidade dos direitos econômicos,

³²⁹ 2013, *op. cit.*, p. 8. Do original: “A useful concept in assessing impact is the ‘alignment of frames’, that is, whether and to what extent NGOs and (some) states develop similar or common frames, and align or realign themselves. [...] Initially, Portugal and Finland in particular were explicitly in favour of an OP – CESCER [...] A clear alignment of frames took place between NGOs and those two states.”

³³⁰ *Ibidem*, p. 8. “Friends of the optional protocol”.

³³¹ Doc. da ONU: E/CN.4/RES/2002/24.

sociais e culturais³³². Por isso, decidiu-se estender os debates. As ONGs tinham livre acesso formal – podiam fazer declarações orais ou escritas – às discussões levadas a efeito no âmbito do GTOE, pois tratava-se de um grupo *open-ended*.

Com efeito, havia sido estabelecida nesse âmbito uma “Coalisão de ONGs para um Protocolo Opcional para a ICESCR”, que contava com a liderança da Anistia Internacional, da *Community Law Centre*, da *Fédération Internationale des Droits de l’Homme*, da Comissão Internacional de Juristas, do Centro de Advocacia Direitos Sociais, entre outras³³³. O objetivo da Coalisão era a participação na redação, na adoção e na obtenção de um maior número possível de ratificações relacionadas a um Protocolo Opcional da ICESCR. Declarações escritas eram submetidas anualmente pela Coalisão, que também participava do GTOE através de intervenções orais³³⁴.

Portugal foi um grande aliado das ONGs nessa etapa de elaboração da Convenção. Além de a presidente do GTOE ser portuguesa (De Albuquerque), o país foi um dos que mais trabalhou para a efetivação do projeto. Em 2004, o país apresentou uma proposta de redação em conjunto com uma proposta para estender o mandato do GTOE. Ao mesmo tempo, surgiu uma proposta de emenda da Arábia Saudita para enfraquecer o mandato do GTOE; segundo o relato, “as ONGs fizeram intenso *lobbying* com as delegações capitais e de Genebra para votar contra essa emenda”³³⁵, e ela, no fim, não passou.

Ao longo dos anos em que o GTOE ficou em funcionamento, as ONGs trabalharam de modo organizado e intenso. Além de utilizarem todos os canais formais possíveis (tais como a submissão de declarações escritas e orais no GTOE), elas também atuaram amplamente pela via informal – durante intervalos das sessões, antes ou depois das reuniões, etc. A Coalisão coordenou a campanha das ONGs em Genebra (local das negociações) e demonstrou grande esforço em fazer com que ONGs nacionais influenciassem seus respectivos delegados, informando-as diariamente acerca das negociações. “A Coalisão também desenvolveu um *kit* de ferramentas em 2005 e colocou cartas-modelo à disposição [das ONGs nacionais] para facilitar o *lobbying* no âmbito nacional”³³⁶.

³³² First Report of the Open-Ended Working Group to Consider Options Regarding the Elaboration of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights em sua Primeira Sessão. Doc. da ONU: E/CN.4/2004/44.

³³³ Mais informações acerca da Coalisão de ONGs disponível em: <http://op-icescr.escr-net.org/about-ngo-coalition-op-icescr>. Acesso em junho de 2014.

³³⁴ TÜRKELLI et alii, 2013, *op. cit.*, p. 10.

³³⁵ *Ibidem*, p. 7. Do original: “NGOs intensively lobbied capitals and Geneva delegations to vote against that amendment”.

³³⁶ *Ibidem*, p. 11. Do original: “The Coalition also developed a toolkit in 2005 and made model letters available to facilitate lobbying at the national level.”

Além disso, muitos seminários foram organizados à iniciativa das ONGs, a fim de trazer informações aos Estados, de discutir os assuntos mais profundamente e de desenvolver estratégias de participação nos processos de *law-making*³³⁷, isto é, de refinar as posições das ONGs em assuntos específicos relacionados ao Protocolo Opcional, para que a sua advocacia estivesse coerente e coesa. Segundo relatório da ONG Comissão Internacional de Juristas (CIJ), em um fórum alternativo organizado pela instituição em 2006, o alvo principal desses eventos seriam os diplomatas – e, por isso, tais oportunidades não eram abertas ao público, mas somente se podia participar mediante convite. Essas ocasiões consistiam, em resumo, numa oportunidade significativa em que um debate bem fundamentado acerca da questão em pauta poderia ser levado a efeito, contribuindo materialmente para o progresso nas negociações³³⁸. Nesses fóruns, havia mais tempo e mais espaço para uma discussão pormenorizada dos assuntos, sem que a pressa e a política fizessem com que não se pudessem aprofundar os debates sobre os problemas. Sobre tais conferências que aconteciam paralelamente, Mahon expressou que

Esses eventos, frequentemente envolvendo um conjunto de *experts* internacionais, representantes de ONGs e delegados de governos, ajudaram no progresso das discussões nas sessões do Grupo de Trabalho, provendo fóruns nos quais os *decision-makers* podiam debater os assuntos e discutir as preocupações em profundidade, contribuindo portanto para a velocidade geral do processo de negociações nas sessões formais.³³⁹

A ONG Comissão Internacional de Juristas organizou encontros regulares acerca do tema, iniciando, em 2001, com uma consulta conjunta (*joint consultation*) com o Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos acerca da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais³⁴⁰. A mesma ONG, em 2006, realizou o discurso de abertura

³³⁷ Por exemplo: o *High Level Expert Seminar*, organizado em 2005 pela Comissão Internacional de Juristas em conjunto com o governo francês, com significativa participação de *experts*; o *Civil Society Forum*, organizado em 2006 para definir as posições das ONGs nos assuntos específicos. Para mais informações: Türkelli *et alii*, 2013, *op. cit.*, pp. 10-12.

³³⁸ Relatório disponível em: <http://www.icj.org/ngo-workshop-on-op-icescr-france-september-2005>. Acesso em junho de 2014.

³³⁹ MAHON, C. *Progress at the Front: The Draft OP-ICESCR*. Human Rights Law Review, vol. 8, n. 4, 2008. p. 9. Do original: “These events, often involving a range of international experts, NGO representatives and government delegates, helped progress the discussions in the Working Group sessions, providing fora in which decision makers could debate issues and discuss concerns in-depth, thus contributing to the overall speed of the negotiation process in the formal sessions.”

³⁴⁰ Neste sentido, conferir: <http://www.unhchr.ch/html/menu2/escrworkshop.htm>. Junho de 2014. Outros seminários organizados pela CIJ: *Report of the Roundtable on the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2001. Disponível em <http://www.icj.org/IMG/pdf/doc-55.pdf>. Acesso em junho de 2014; *Report of the Expert’s Roundtable Concerning Issues Central to the Proposed Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2002. Disponível em: <http://www.icj.org/IMG/pdf/doc-61.pdf>. Acesso em junho de 2014.

da sessão do GTOE³⁴¹, oportunidade em que, em primeiro lugar, chamou atenção dos delegados dos Estados para os relatórios produzidos pelas ONGs, que colocavam “em detalhes” o posicionamento daquelas organizações em relação aos tópicos específicos discutidos na sessão; e em segundo lugar, tratou dos fóruns alternativos de discussão que vinham sendo estabelecidos pelas próprias ONGs em eventos paralelos, dos quais os Estados deveriam “tomar vantagem”, devendo o GTOE ser utilizado como um lugar mais de negociações do que de estudos aprofundados sobre o tema, que poderiam ser realizados nesses outros fóruns, ainda que fossem permeados também por discussões políticas. Nesse contexto, a Sra. Catarina De Albuquerque, portuguesa presidente do Grupo de Trabalho do Protocolo Opcional, observou que

A Sociedade Civil em geral e as organizações da sociedade civil tiveram um papel crucial nas negociações do Protocolo Opcional da ICESCR. Elas organizaram reuniões entre as sessões e os seminários e fizeram *lobbying* com os governos e com as Missões Permanentes. Ademais, elas trabalharam para ganhar a confiança dos delegados dos Estados; não foi incomum testemunhar as delegações dos Estados pedindo a elas conselhos e auxílio para clarear pontos complicados que estavam sob debate. As ONGs criaram uma Coalisão Internacional de ONGs para um Protocolo Opcional da ICESCR que contribuiu significativamente para o resultado positivo das negociações.³⁴²

Os delegados dos Estados, portanto, dirigiram-se frequentemente aos representantes das ONGs para obter informações e esclarecimentos acerca de pontos complicados em debate, conforme relatório da Presidente do GTOE. O *input* das ONGs, nesse contexto, por conta do significativo empenho e da marcante organização que caracterizou esses grupos de ação e seus respectivos eventos, mostrou-se determinante no fornecimento de recursos técnicos e informativos aos Estados na fase do GTOE e, por consequência, no “resultado positivo das negociações”. Um dos papéis mais relevantes das ONGs foi ter criado amplos espaços próprios para discussões refinadas sobre a adoção do Protocolo Opcional.

Ao longo das atividades do GTOE, o alinhamento comum entre os “amigos do protocolo opcional” foi adquirindo maior envergadura, atraindo o apoio de outros Estados, tais como França, Bélgica, Croácia e um Grupo de Países Latino-Americanos e Caribenhos.

³⁴¹ Disponível em: <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/04/ICJ-statement-optional-protocol-event-20061.pdf>. Acesso em junho de 2014.

³⁴² DE ALBUQUERQUE, C. *Chronicle of an announced birth: The coming into life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – the missing piece of the International Bill of Human Rights*. Human Rights Quarterly 32(1), 2010. p. 153. Do original: “Civil Society in general and civil society organizations in particular played a crucial role in the negotiations of the Optional Protocol to the ICESCR. They organized inter-sessional meetings and seminars and lobbied governments and Permanent Missions. In addition, they managed to gain the trust of the States’ delegates; it was not unusual to witness States’ delegations asking them for advice and to clarify complicated issues under debate. The NGOs created an International NGO Coalition for an Optional Protocol to the ICESCR that significantly contributed to the positive outcome of the negotiations.”

Nesse ponto, reconheceu-se que, em alguma medida, as intensas atividades realizadas pelas ONGs, por todos os meios e todas as vias possíveis, foram um fator de influência na mudança de posição por determinados Estados. “Por exemplo, no caso da Bélgica, o diplomata em Genebra alegou ter recebido instruções abertas e foi convencido por muitos dos argumentos da Coalisão das ONGs”³⁴³. Muito embora seja difícil determinar o impacto específico das ONGs nesses contextos, não se pode deixar de reconhecer sua influência, visto que a “Coalisão das ONGs foi *part and parcel* no processo de forja e utilização de um alinhamento [de *frames*] sobre o assunto”³⁴⁴. Nesse ponto pode-se identificar o significativo peso das ações informais das ONGs nos processos de negociação³⁴⁵, através de uma análise sociológica do fenômeno jurídico que se concretiza tanto no processo quanto no resultado do processo, a norma.

A partir de 2006, já no segundo mandato do GTOE, cujas atribuições estavam na fase de estabelecimento de normas (*norm-setting*), houve um grande aumento no apoio dos Estados, o que foi atribuído pela Coalisão de ONGs ao “interesse crescente da parte dos governos e ao bem sucedido *lobbying* pelas ONGs nacionais”³⁴⁶. Na fase final, quando alguns Estados tentaram enfraquecer consideravelmente a proposta que vinha sendo debatida, uma campanha de cartas foi iniciada pela Coalisão para fazer *lobbying* com os governos não alinhados ao *frame*. Tendo em vista as dificuldades que caracterizaram a fase final das negociações, as ONGs começaram a mandar atualizações diárias para seus membros, invocando pressões nos governos a fim de que o texto fosse fortalecido e aprovado.

A pressão e o impacto das ONGs nessa segunda fase não foi tão grande quanto na de *agenda-setting*, mas nem por isso deixou de ser significativa. Dos 25 objetivos específicos que as ONGs possuíam relacionados ao estabelecimento das normas, isto é, ao conteúdo normativo propriamente dito do Protocolo Opcional que estava sendo negociado, 15 deles foram alcançados. Entre estes, estavam: a existência de dois procedimentos no protocolo (um de comunicação e outro de investigação); a disponibilidade dos procedimentos para vítimas de violação de qualquer direito substancial da carta; reconhecimento da legitimidade de

³⁴³ TÜRKELLI, 2013, *op. cit.*, p. 12. Do original: “For example, in the case of Belgium, the diplomat in Geneva allegedly received rather open instructions and was convinced by many of the NGO Coalition arguments.”

³⁴⁴ TÜRKELLI, 2013, *op. cit.*, p. 12. Do original: “The specific impact NGOs had is therefore impossible to establish, but clearly the NGO Coalition was part and parcel of forging and using an alignment of frames on the issue.”

³⁴⁵ LEROUX, 2010, *op. cit.*, p. 247. “Les organisations non gouvernementales sont d’abord là pour influencer le processus normatif par des voies informelles, à travers leur connaissance des individus impliqués dans les négociations, leur lobbying sur les délégations et leurs gouvernements, ainsi que par leurs campagnes médiatiques”.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 14. Do original: “This stronger support was attributed by the NGO Coalition to increased interest on the part of governments and successful lobbying by national NGOs”.

indivíduos e grupos de indivíduos; existência de comunicações individuais; existência de provisões para medidas temporárias; um mecanismo de proteção contra represálias para os reclamantes; a existência de remédios efetivos no protocolo opcional; a inclusão de todos os componentes de um direito (e não só de um *core* ou de direitos mínimos); possibilidade de as investigações serem impulsionadas por informações recebidas de Estados, agências da ONU, indivíduos, grupos de indivíduos e organizações; entre outros³⁴⁷.

Na questão das medidas provisórias, por exemplo, o que ocorreu foi que algumas das propostas normativas das ONGs foram parar diretamente no texto aprovado. Segundo a análise de Türkelli,

Algumas propostas feitas pela Coalisão de ONGs sobre a provisão acerca de medidas provisórias ganharam suporte suficiente e encontraram seu caminho para o interior do texto, tal como a provisão de que medidas provisórias não implicam uma determinação nem sobre a admissibilidade nem sobre o mérito de uma comunicação (artigo 52(2) OP-CESCR) e o reconhecimento no artigo 5(1) de que um pedido por medidas provisórias deveria ser considerado com urgência pelo Estado-parte relevante a fim de evitar um processo moroso.³⁴⁸

Seria pretensioso concluir, no entanto, que as ONGs ficaram plenamente satisfeitas com seu papel, ou que não poderiam ter influenciado e participado mais intensivamente do processo de produção das normas. O que se pode extrair seguramente da análise do processo de elaboração desse Protocolo Opcional é que as ONGs certamente ofereceram sua contribuição e participaram da formação da norma; ainda que, por vezes, informalmente; ainda que, por outras vezes, não de forma integral.

Não seria prudente, contudo, falar de um amplo e irrestrito alcance das ONGs nesse tipo de negociação. Entretanto, considerando o papel das ONGs no fornecimento de informações aos Estados, na criação de uma consciência a respeito do assunto, na intensa realização de *lobbying*³⁴⁹, na participação (ainda que sem voto) nos processos de *decision-making* através do alinhamento de *frames*, na penetração nos encontros informais, na organização de inúmeras conferências criando espaços para o aprofundamento técnico, jurídico e informacional dos assuntos em questão, na regular participação formal nas reuniões e nos debates do Grupo de Trabalho, no lançamento de relevantes campanhas a respeito, na

³⁴⁷ Dados retirados da tabela da página 21, *ibidem*.

³⁴⁸ 2013, *op. cit.*, p. 23. Do original: “Some proposals by the NGO Coalition on the provision for interim measures did garner enough support and found their way into the text, such as the provision that interim measures do not imply a determination on either admissibility or the merits of a communication (article 5(2) OP-CESCR) and the acknowledgement in article 5(1) that a request for interim measures should be considered with urgency by the relevant state party in order to avoid a lengthy process.” Nesse sentido também: MAHON, 2008, *op. cit.*, p. 21.

³⁴⁹ Segundo Bettati, o *lobbying* é uma das ferramentas mais eficazes das ONGs na tarefa de exercer pressão sobre os delegados dos Estados durante as negociações. BETTATI, 1986, *op. cit.*, p. 18.

formação de uma Coalisão organizada, no apoio às ONGs nacionais para que realizassem *lobbying* com os delegados dos Estados, enfim, em todas as áreas nas quais elas se mostraram significativamente ativas, organizadas e competentes, seria certamente imprudente afirmar que o *input* e a participação das ONGs não influenciaram materialmente o resultado final das negociações expresso em um conjunto de normas – isto é, o *law-making*, principalmente quando se tem em conta que muitas de suas propostas iniciais acabaram concretizadas nos dispositivos jurídicos específicos do documento aprovado.

Conclusões

O direito internacional consiste em um processo dinâmico de tomada de decisões com resultados normativos, que abrange uma variedade de participantes que atuam internacionalmente, buscando maximizar e juridicizar determinados valores. Aventurar-se pela análise de processos jurídicos por vezes informais e ladeados por uma grande quantidade de variáveis não é, na maioria das vezes, uma empreitada de fácil execução. Algumas dessas dificuldades foram enfrentadas ao longo da pesquisa. Frequentemente, esse tipo de projeto envolve abraçar a análise de fatores aparentemente periféricos e de eventos de múltiplos significados. Dentre um universo de acontecimentos, mostra-se necessário fazer a difícil seleção dos que, segundo um marco teórico previamente estabelecido, adquirem um certo grau de relevância para o objeto de estudo determinado. As variáveis que intercambiaram os processos analisados nesta pesquisa são praticamente infinitas. Entretanto, os fatores que acabaram delimitados e selecionados puderam auxiliar na formação de uma compreensão mais ou menos tangível acerca da participação de determinadas ONGs na formação dos dois instrumentos normativos internacionais analisados.

Em determinados momentos deixou-se transparecer a existência de uma ligação enfática e significativa entre a atuação das ONGs nos processos de formação da norma e o *output* normativo final. O resultado da pesquisa permite concluir que as ONGs tiveram participação e influência na formação das normas elaboradas nas duas ocasiões analisadas, fazendo com que certas evidências desse fenômeno pudessem também ser encontradas até mesmo nos textos finalmente aprovados: determinadas provisões normativas – ainda que, em grande medida, periféricas – que, ou resultaram de um trabalho técnico conjunto entre ONGs e Estados, ou resultaram de propostas especificamente levadas a cabo por ONGs. Ademais, a própria participação das ONGs nos processos – se o direito internacional é não só o resultado mas o próprio processo – dá conta de que elas atuaram de forma a influenciar os fenômenos jurídicos internacionais analisados. Entre referências feitas por países durante as negociações, bem como relatos daqueles que participaram dos processos e propostas apresentadas pelas ONGs, há pouca dúvida quanto ao peso de sua participação. Elas enriqueceram as discussões com informações, atividades técnicas e advocacia, fazendo com que fossem adicionados inúmeros fatores ao bojo dos diálogos.

Há uma infinidade de fatores que contam nos processos internacionais de *decision-making* – ou de *law-making*. As ONGs são um deles. Em meio a um emaranhado, um universo de informações úteis e inúteis aos Estados, elas atuam como um filtro altamente

organizado e especializado entre os atores, pelo que ganham considerável atenção dos Estados na decisão de assuntos técnicos e complicados. Entre as principais formas de atuação das ONGs nesse âmbito, como se pôde ver, estão: a reunião e a prestação de informações - *fact-finding reports*; o conhecimento técnico e especializado, geralmente demonstrando instituições de significativa confiabilidade - *expertise*; e o *lobbying* - um profundo envolvimento com a questão por parte da respectiva ONG (por vezes, enquanto os estados dedicam apenas uma reunião ou outra a tal assunto, em meio a tantos assuntos de governo, as ONGs dedicam sua missão inteira para aquela questão - elas têm muito mais interesse em certas questões do que os Estados, pois devotam toda sua estrutura organizacional para alcançar objetivos naquelas determinadas áreas).

Viu-se que o perfil da própria ONG influencia muito na sua participação: a Anistia Internacional teve significativa participação na questão da tortura; a Comissão Internacional de Juristas e a Associação Internacional de Direito Penal tiveram boa acolhida nas questões técnico-jurídicas, principalmente pela competência que demonstraram e pelo empenho que dedicaram às questões em que se envolveram. Quanto mais confiável a ONG para os demais atores que participam dos processos de elaboração da norma, maior a relevância de suas contribuições e, por consequência, maior sua capacidade de influência. Em nenhum momento a pesquisa mostrou que as ONGs determinam por si só os processos de produção de normas, mas sim que, em coordenação com os demais fatores e respectivos atores, provam ser eficientes elementos de articulação das negociações, tanto formal quanto materialmente.

O diálogo estabelecido entre as ONGs e os grupos de *experts* que atuaram em cada um dos casos foi um fator notável: elas transitaram com facilidade nesse meio, demonstrando um potencial de *expertise* tomado em alta conta pelos Estados e pelos demais atores envolvidos. Os posicionamentos da AI, da AIDP, da CIJ, e de demais ONGs de alto prestígio internacional, não foram subestimados pelos delegados governamentais, que frequentemente pediram conselhos às ONGs e, nas negociações, fizeram expressa referência a seus relatórios e às informações por elas enquadradas.

As ONGs demonstraram, nos dois casos analisados, através da organização de uma Coalisão, do planejamento e realização de eventos para estudo e refinamento das posições da categoria, uma atividade de advocacia efetivamente organizada, com propostas específicas e coesas que eram determinadas nesses fóruns. Isso possibilitou que seu *lobbying* fosse incisivo em diversos pontos das negociações, visto que as forças eram concentradas em um só posicionamento, claro e coerente. A AI, por exemplo, teve papel crucial na inclusão da

questão da tortura na agenda normativa da ONU: chegou-se a considerar que sem a enorme e abrangente Campanha lançada pela AI, não haveria Convenção Contra a Tortura.

Por fim, em ambos os instrumentos normativos nos quais culminaram os processos de elaboração, foi possível ver que a presença ostensiva das ONGs nas negociações foi um fator relevante que se projetou também textualmente, na forma como esse recorte do direito internacional acabou elaborado sob o *framework* institucional da ONU. Negligenciar a capacidade de influência relacionada à competência informacional, técnico-jurídica e política das ONGs nos processos analisados nessa pesquisa seria ignorar um importante fator presente nas negociações normativas.

A análise que se buscou realizar foi pautada por um método histórico-sociológico de análise do fenômeno jurídico. Compreendendo o direito como uma ciência empírica, procurou-se observar os fatos e os fatores que o moldam e o influenciam. A riqueza desse tipo de abordagem em relação a um método puramente dogmático traz vantagens e dificuldades. Ao tempo em que permite lançar outras perspectivas sobre um conceito estático do direito (inerte na norma), também evidencia as inúmeras complexidades que ladeiam o fenômeno jurídico na sua totalidade. Num balanço final, a adoção dessa metodologia proporciona a problematização de uma realidade complexa na qual o direito está inserido – e não excluído –, a fim de que se desenhe a *big picture* da comunidade internacional e do seu direito. Tomar certa distância do referencial que se observa torna possível a concretização, senão de uma melhor compreensão, pelo menos de compreensões de outras naturezas, enriquecendo o estudo do objeto.

Além da dificuldade relacionada à análise de processos informais e não uniformes, inerentes a este trabalho, enfrentamos alguns obstáculos no que diz respeito à existência de bibliografia nacional acerca do assunto, bem como quanto ao acesso às mais relevantes bibliografias estrangeiras sobre o tema e a determinados documentos da ONU que, dada sua antiguidade, não estavam disponíveis em suporte digitalizado.

As conclusões e as evidências levantadas nesta pesquisa trazem à luz alguns traços de um fenômeno que tem sido frequentemente referenciado nas obras recentes da doutrina internacionalista: o de que o direito internacional, pelo menos ao longo das últimas décadas, tem passado por um processo de algum compartilhamento de influência relacionada aos Estados que, embora continuem ocupando o palco central da ordem jurídica internacional, têm começado a dividir espaço com outros atores, sujeitos, participantes (organizações internacionais, ONGs, empresas transnacionais, indivíduos). Quanto à participação das ONGs, especialmente, os mais variados questionamentos resultantes desse tipo de constatação

servem e têm servido para inspirar outras pesquisas acerca do tema, e mais especificamente no que diz respeito, por exemplo, à (i)legitimidade (e [i]legitimidade democrática) dessa participação, bem como a medida da autoridade que teria sido conferida a ela, e também à (des)necessidade de formalização da participação, entre outros.

As inúmeras implicações do crescimento dessa natureza de relações jurídicas internacionais, protagonizadas por participantes de características tão heterogêneas, instiga reflexões sobre uma determinada configuração da ordem jurídica internacional que se opera sob as mais variadas formas e nos mais variados espaços. A atuação das ONGs no plano internacional adiciona incontáveis tons de cinza ao deteriorado preto-e-branco (ou preto-no-branco) característico das abordagens jurídicas centralizadas somente nas atividades formais e estatais. Delinear uma imagem mais ou menos clara das consequências diretas e indiretas desse fenômeno ainda relativamente recente será, na medida do possível, um desafio a ter lugar nos tempos vindouros.

Referências Bibliográficas

- AGO, Roberto. *Science Juridique et Droit International*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. v. 90, 1956.
- _____. *Diritto positivo e diritto internazionale*, originalmente publicado em *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*. Milano, 1957. Traduzido da língua italiana por Arno Dal Ri Júnior.
- _____. Características gerais da comunidade internacional e do seu direito. *I caratteri generali della comunità internazionale e del suo diritto*, traduzido da língua italiana por Arno Dal Ri Júnior. *Revista Sequência*, n. 56, pp. 9-28, jun. 2008.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Cedam, 1964. ATTAR, Franck. *Le Droit International: Entre Ordre et Chaos*. Hachette Référence, 1994.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Londres: John Murray, Albemarle Street, 1832.
- BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.
- BASSIOUNI, Cherif. AIDP: International Association of Penal Law: Over a Century of Dedication to Criminal Justice and Human Rights. *DePaul Law Review*, vol. 38, 1989.
- _____. *The Contribution of Specialized Institutes and Non-Governmental Organizations to the United Nations Criminal Justice Program*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- BENCHIKH, M.; CHARVIN, R. et DEMICHEL, F. *Introduction critique au droit international*. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 1986.
- BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*. The Althone Press: London, 1970.
- BERGEN, Peter L. *Holy War, Inc.: Inside the Secret World of Osama Bin Laden*. Nova Iorque: Free Press, 2001.
- BETTATI, Mario et DUPUY, Pierre-Marie. *Les O.N.G. et le Droit International*. Paris: Economica, 1986.
- BOLI, John et Thomas, George M. World Culture in the World Polity: A Century of International Non-Governmental Organization. *American Sociological Review*, vol. 62, n.2, abril de 1997. pp. 171-190.
- BONFILS, Henry. *Manuel de droit international public (Droit des Gens)*. 7^a ed. Paris: Paul Fauchille, 1914.
- BORCHARD, Edwin M. The Access of Individuals to International Courts. 24, *American Journal of International Law*, 359, p. 364 (1930).
- BOWSER, Richard T. et McQUADE, J. Stanley. Austin's Intentions: A Critical Reconstruction of His Concept of Legal Science. *Campbell Law Review*, vol. 29, n. 47, 2006.
- BRETON-LE GOFF, G. *L'influence des organisations non gouvernementales sur la négociation de quelques instruments internationaux*. Montreal: Bruylant, Bruxelles et Yvon Blais, 2001.
- BRY, Georges. *Précis élémentaire de droit international public: mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain*. 3^a ed., rev. e corrig. Paris: L. Larose, 1896.
- CALVO, Carlos. *Manuel de droit international public et privé conforme au programme des Facultés de droit*. Paris: A. Rousseau, 1881.
- CARBONE, Sergio M. *I Soggetti e gli Attori nella Comunità Internazionale*. In: CARBONE et alii. *Instituzioni di Diritto Internazionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- CENKO, B. *Establishing a Place at the Table: The Growing Influence of Non-Governmental Organizations in International Negotiations*. University of Michigan, 2012.
- CHARNOVITZ, Steve. Nongovernmental organizations and International Law. *The American Journal of International Law*, Vol. 100, N. 2, Abril, 2006.

- CHERNEVA, Iveta. *The Drafting History of Article 2 of the Convention Against Torture*. Essex Human Rights Review, vol. 9, n. 1, junho 2012.
- CLARK, Ann Marie. *Diplomacy of Conscience: Amnesty International and Changing Human Rights Norms*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (ICJ). *Commentary on the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2010.
- COUTINHO, Joana. *As ONGs: origens e (des)caminhos*. Revista Lutas Sociais NEILS – Programa de Estudos e Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, n°13/14, 2005.
- CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Recueil des Cours, 2013.
- DE ALBUQUERQUE, Catarina. Chronicle of an announced birth: The coming into life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – the missing piece of the International Bill of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Vol. 32(1), 2010.
- FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de droit international public*, 1926.
- GOMES, I. et COUTINHO, J. Estado, movimentos sociais e ONGs na era do neoliberalismo. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 89, outubro de 2008.
- HIGGINS, Rosalyn. *Policy Considerations and the International Judicial Process*. ICLQ, 1968.
- _____. *Integrations of Authority and Control*. In: McDOUGAL *et alii*. *Toward world order and human dignity: Essays in honor of Myres S. McDougal*. Nova Iorque: Free Press, 1976.
- _____. *Problems & Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HOBBS, Stephan. *Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations*. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 5: Iss. 1, Artigo 10, 1997.
- KALSHOVEN, Frits. *International Law Tomorrow: General Conclusions*. In: ROUSSEAU, Charles *et alii*. *Le Droit International Demain*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1974.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KOSKENNIEMI, Marti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- KRUT, Riva. *Globalization and Civil Society: NGO Influence in International Decision-Making*. Organização das Nações Unidas. Discussion Paper n. 83, 1997.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*, 1958.
- _____. *International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.
- LEBEN, Charles. Hans Kelsen and the Advancement of International Law. *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998. pp. 287-305.
- LEROUX, Nicolas. *La Condition Juridique des Organisations Non Gouvernementales Internationales*. Bruxelas: Éditions Yvon Blais, 2009.
- LEWIS, David. *Nongovernmental Organisations, Definition and History*. London School of Economics and Political Science, 2009.
- LIPPMAN, Matthew. *The Development and Drafting of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 275 (1994).
- MAHON, C. *Progress at the Front: The Draft OP-ICESCR*. Human Rights Law Review, vol. 8, n. 4, 2008.

- MARTENS, Kerstin. Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations. *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 13, n. 3 (setembro de 2002), pp. 271-285.
- _____. *NGOs and the United Nations: Institutionalization, Professionalization and Adaptation*. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2005.
- MELLO, C. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MÉRIGNHAC, Alexandre. *Traité de droit public international. Prolégomènes et théories générales*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905.
- MERLE, M. *Sociology des Relations Internationales*. Paris: Daloz, 1988.
- MICHAEL, S. *Undermining Development. The Absence of Power among Local NGOs in Africa*. Oxford: James Curre. Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press, 2004.
- MIGLIAZZA, Alessandro. *Roberto Ago (1907-1995)*. Publicado na Rivista di Diritto Internazionale, volume LXXXI (1998). Tradução de Arno Dal Ri Júnior.
- MORROW, D.W. *The Society of Free States*, 1919.
- OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. I. 4ª ed. Londres: Longmans, Green & Co., 1928.
- ORFEUIL, Henri Rouillé d'. As ONGs, atores da diplomacia não-governamental. In: TIPHAGNE, A. et alii (ed.). *Diplomacia não-governamental: A intervenção das ONGs num sistema internacional em crise*. São Paulo: ABONG, 2007.
- PELLET, Alain, et. alii. *Droit international public*. 8ª edição. Paris: Lextenso éditions, 2009.
- PIÉDELIÈVRE, Robert. *Précis de droit international public ou droit des gens*. Paris: F. Bichon, 1894.
- PRASAD, Maya. The Role of Non-Governmental Organizations in the New United Nations Procedures for Human Rights Complain. *Journal of International Law and Policy*, Vol. 5, (1975).
- PRINCEN, T., et FINGER, M.. Introduction. In: Princen, T., and Finger, M. (eds.), *Environmental NGOs in World Politics. Linking the Local and the Global*. Londres: Routledge, 1994.
- RABKIN, Jeremy. *Nongovernmental organizations: The Growing Power of and Unelected Few*. Conferência proferida em evento do American Enterprise Institute, junho de 2003.
- RUSSET, B. M. *World Politics: A Menu for Choice* (4th edition). New York: Freeman, 1996.
- RUYSSSEN, T. *Les Caractères Sociologiques de la Communauté Humaine*. Recueil des Cours, Tomo 67, vol. 1, 1939.
- SANTI ROMANO. *Corso di Diritto Internazionale*. 4ª ed. rev. Padova: Dott. Antonio Milani, 1939.
- SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.
- SCHMITT, Carl. *Political Theology*. "Four Chapters on the Concept of Sovereignty". Trad. George Schwab. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1985.
- _____. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.
- SNIDER, Christy Jo. *The Influence of Transnational Peace Groups on US Foreign Policy Decision-Makers during the 1930s: Incorporating NGOs into the UN*. *Diplomatic History*, 27 (3), 2003. pp. 377-404.
- STURGES, W. The legal status of the Red Cross. *Michigan Law Review*, 1, vol. 56 (1957).
- SURI, Jeremi. *Non-governmental organizations and non-state actors*. In: FINNEY, Patrick. *Palgrave Advances in International History*. Palgrave Advances, 2004.

- TONME, Shanda. *Le système des organisations internationales non gouvernementales: Emergence d'un Droit international spécifique?* Paris: L'Harmattan, 2010.
- TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1993.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Theorie du Droit International Public*. Recueil des Cours, 1981.
- TÜRKELLI, Gamze Erdem. *et alii*. NGO Impact on Law-making: The Case of a Complaints Procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child. *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 5, 2013. pp. 1-45.
- UVIN, P. *et* WEISS, T.G. The United Nations and NGOs: Global civil society and institutional change. In: GLASSNER, M.I. (ed.) *The United Nations at Work*. Praeger: Westport, 1998.
- VIRALLY, M. 'Panorama du droit international contemporain: Cours général de droit international public'. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, v. 183, 1983.
- WEISS, Thomas G. *et alii*. *The United Nations and Changing World Politics*. 6^a ed. Philadelphia: Westview Press, 2010.
- WILFRID, E. Rumble. *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*. Athlone Press: 1985.
- WILLETTS. *Non-Governmental Organizations in World Politics: The Construction of Global Governance*. Oxford: Routledge, 2011.
- WITHANA, Radhika. *Power, Politics, Law: International Law and State Behaviour During International Crises*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.